Zur

Lehre von der Genossenschaft.

Rechtsgutachten

in der Streitsache der Gemeinde Burgsinn gegen
die Freiherren von Thüngen

von

Dr. Paul von Roth
Professor und Oberbibliothekar in München.

München.
Theodor Ackermann.
1876.

Einleitung.

Ein Rechtsstreit, der durch seine lange Dauer sowohl als den großen Umfang des Streitobjekts zu den bedeutendsten der jetzt in Deutschland anhängigen gehört, hat mir Veranlassung gegeben, die Lehre von der Genossenschaft in ihrer Anwendung auf lehenrechtliche Verhältnisse einer eingehenden Untersuchung zu unterwerfen. Der Rechtsfall gewährt zugleich interessante Aufschlüsse über die Auffassung der Spolienklage im vorigen Jahrhundert und für die Beurtheilung der Haftung des Singularsuccessors bei Besitzstreitigkeiten. Es wird passend sein, gleich hier eine kurze Skizze des Prozeßverlaufes vorauszusenden.

Ein Vorfahr der jetzigen Beklagten, Wilhelm von Thüngen, hatte im Jahre 1405 das Rittergut Burgsinn von dem Fürstbischof von Würzburg erkauft, und seine Söhne hatten 1438 dasselbe dem Markgrafen von Ansbach als Lehen offerirt, als welches sie und ihre Nachkommen es fortan besaßen. Seit dem Ende des 16. Jahrhunderts waren die Besitzer des Ritterguts Burgsinn in zahlreiche Rechtsstreitigkeiten mit der benachbarten Gemeinde Burgsinn verwickelt, indem sie die obrigkeitliche Gewalt über diese in Anspruch nahmen, während umgekehrt die Gemeinde die Reichsunmittelbarkeit und demnach die Befreiung von der obrigkeitlichen Gewalt der Herren von Thüngen prätendirte. In diesen früheren Prozessen (den sogenannten Mandatsprozessen) handelte es sich um Beschwerden der Gemeinde über Handlungen der Herrn von Thüngen, welche die Ausübung obrigkeitlicher Rechte über die Gemeinde bezweckten, und die in den

zahlreich erlassenen Mandaten und Paritorien des R. K. G. als Besitzstörungen aufgefaßt wurden, welchen gegenüber die Gemeinde in dem Besitzstand geschützt wurde, wie ihn das R. K. G. als vorhanden annahm.

Bald darauf kam es jedoch auch zu einer Entscheidung in petitorio. Es wurde nämlich im Laufe dieses Rechtsstreites den Herrn von Thüngen ein Termin zur Anstellung des Petitoriums bestimmt und sie, da sie diesen nicht einhielten, zu ewigem Stillschweigen verurtheilt. Durch das Contumacialerkenntniß vom 3. Juni 1622, welches dieß aussprach, waren also, da den Herrn von Thüngen das petitorium abgesprochen war, die Streitobjekte als Eigenthum der Gemeinde erklärt. Da die Herrn von Thüngen diesem Ausspruch nicht Folge leisteten, so wurde über sie am 21. November 1626 die Reichsacht ausgesprochen, und die Gemeinde im Jahre 1630 in das Thüngen'sche Lehen Burgsinn als Gläubigerin immittirt, um sich ihres Schadens zu erholen. In diesem Verhältniß verblieb sie bis 1692. Da die Descendenz der geächteten Herrn von Thüngen ausgestorben war, so erhoben die zur Succession berufenen Agnaten einen Lehensrevokationsprozeß (s. unten S. 120) und es wurde durch Erkenntniß des R. K. G. 7/7 1697 die Gemeinde verurtheilt, die Thüngen'schen Lehengüter, in die sie 1630 immittirt worden, oder die sie seit der Achtserklärung an sich genommen, zu restituiren (s. unten S. 121). Bei der Ausführung dieses Erkenntnisses wurden, da die älteren Mandatsakten nicht vorlagen, den Herrn von Thüngen nicht nur die Lehengüter restituirt, in welche die Gemeinde seit 1630 immittirt war, sondern sie wurden auch in den Besitz derjenigen Objekte gesetzt, deren Eigenthum der Gemeinde durch das Contumacialerkenntniß vom 3/6 1622 zugesprochen war. Da indessen die alten Mandatsakten aus Straßburg, wo sie sich zur Zeit dieser Verfügung befanden, nach Aufhebung der Belagerung herbeigeschafft werden konnten, so legte die Gemeinde im Jahre 1715 das Rechtsmittel der Restitution ein, auf welches das dem vorliegenden Rechtsstreit zu Grund liegende Erkenntniß des R. K. G. vom 17. Oktober 1755 erlassen wurde (s. unten Beilage I. S. 4—6). In diesem Erkenntniß wurde der Gemeinde der Besitz der Objekte zuerkannt, an denen ihr durch das Contumacialerkenntniß 3/6 1622 Eigenthum zugesprochen war, jedoch

den Herrn von Thüngen das petitorium ausdrücklich vorbehalten. Zugleich wurden die letzteren zur Herausgabe der Nutzungen und zum Schadensersatz verurtheilt. Dieses Erkenntniß ist ohne Entscheidungsgründe und die Motive lassen sich nicht aus den Akten ersehen, da die Abstimmungsprotokolle in diesen fehlen. Gegen dieses Erkenntniß legten ihrerseits die Herrn von Thüngen 21/1 1756 das remedium restitutionis ein, dem durch Sentenz 1/4 1757 Suspensiveffekt beigelegt wurde. Die Akten waren zwar seit 1780 spruchreif, allein eine Verfügung war noch nicht erlassen, als das R. K. G. zuerst seine Thätigkeit einstellte und dann aufgelöst wurde. Mit dieser Auflösung war zunächst die Competenz des Hofgerichts des Großherzogthums Würzburg begründet, und die Gemeinde erwirkte 1812 die Auslösung der Akten bei der kammergerichtlichen Kanzlei in Wetzlar. Mit der Vereinigung des Großherzogthums Würzburg mit Bayern war die Competenz des k. Appellationsgerichts für den Untermainkreis begründet, und diese ging mit Erlassung der Verfassungsurkunde 26/5 1818 auf das betreffende Kreisgericht über. Ein Competenzconflikt, der zwischen den Kreisgerichten Würzburg und Aschaffenburg entstanden war, wurde durch appellationsgerichtliches Dekret 25/5 1829 dahin beschieden, daß die Competenz des k. Kreis- und Stadtgerichts Würzburg anerkannt wurde. In der Hauptsache wurde darauf durch Erkenntniß des letzteren vom 20. März 1841 das R. K. G. E. vom 17/10 1755 bestätigt und nur in einem Punkt (hinsichtlich des Rechts der Pfarrbestellung) dem Restitutionsgesuch der Freiherrn von Thüngen stattgegeben. Die gleiche Bestätigung erfolgte durch das k. Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg in Erkenntniß vom 5. Oktober 1842, wobei jedoch ausdrücklich ausgesprochen wurde, es sei die Frage, ob und inwieweit die jetzt lebenden Freiherrn von Thüngen den Ersatz der Nutzungen und Schäden zu leisten haben, zur besonderen Austragung zu verweisen. Dieser letztere Zusatz wurde durch das oberstrichterliche Erkenntniß vom 5. Dezember 1846 gestrichen, weil die Frage, ob die Beklagten für den Schadensersatz und die Rückstände zu haften hätten, in dem jetzigen Prozeßstadium gar nicht zur Verhandlung stehe, und damit das Erkenntniß des k. Kreis- und Stadtgerichts Würzburg vom 20. März 1841 wieder hergestellt.

In Folge oberstrichterlichen Erkenntnisses vom 28. März 1862 wurde endlich die Gemeinde in den Besitz der Waldungen wieder eingesetzt, und somit das R. K. G. E. 17/10 1755 in der Hauptsache zur Ausführung gebracht. Nunmehr hat die Gemeinde Burgsinn Klage auf Zahlung des Schadensersatzes und der Nutzungsrückstände gestellt, welche ihr in dem R. K. G. E. vom 17/10 1755 zugesprochen sind, und es ist darauf das Erkenntniß des k. Bezirksgerichts Lohr vom 28. Oktober 1875 (Beilage II) ergangen, gegen dessen Ausführungen das nachfolgende Gutachten gerichtet ist. Ich lasse diesem Gutachten die beiden Erkenntnisse, auf die ich mich vielfach zu beziehen habe, nämlich das R. K. G. E. 17/10 1755 und das Erkenntniß des k. Bezirksgerichts Lohr vom 28. Oktober 1875 vorausgehen.

Erste Abtheilung

Beilagen.

I.

Urkund Urtheils

In Sachen

Von Thüngen

Contra

Chur-Mayntz

und die Gemeinde

Burgsinna.

1755.

Wir FRANTZ von GOttes Gnaden Erwählter Römischer Kayser, zu allen Zeiten Mehrer des Reichs, in Germanien und zu Jerusalem König, Hertzog zu Lothringen und Baar, Groß-Hertzog zu Toscana, Hertzog zu Calabrien, Geldern, Montferrat, in Schlesien zu Teschen, Fürst zu Charleville, Marggraf zu Pont à Mousson und Nomeny, Graf zu Province, Vaudemont, Blanckenberg, Zütphen, Saarwerden, Salm, Falckenstein rc. rc.

BEkennen und thun kund Jedermänniglich, mit diesem Unserem Kayserlichen Brief bezeugend, daß an Unserem Kayserlichen Cammer-Gericht anheut zu Ende gesetzten dato, unter mehr anderen, auch diese hier nachgeschriebenen Inhalts-Urtheil eröffnet und publiciret:

TENOR SENTENTIÆ.

IN Sachen Weyland Johann Carl, jetzo auch Weyland Philipp Adam von Thüngen hinterlassener Kinder Erster und Zweyter Ehe, und respective deren bestellter Vormundschafft in Actis benannt, Klägern eines, wider auch Weyland Herrn Anselm Frantz, nachdeme Herrn Lotharium Frantz, Ertz-Bischoffen und Churfürsten zu Maynt, wie auch die Gemeinde zu Burgsinna, nun diese allein, Beklagte andern Theils; Mandati Poenalis de restituendis Bonis usurpatis, reddendis Rationibus, ac praestando Homagio & Debitis antiquis, cum Mandato Inhibitorio, & de desistendo à Manutenentiâ Subditorum C. C. nunc petitae Restitutionis in integrum: Ist nach wieder herbeygebrachten vorigen alten Acten allem An- und Vorbringen nach zu Recht erkannt, daß besagte Gemeinde Burgsinna wider die den 7. Julii Anno 1697. ertheilte Urthelen, darauf erfolgte Execution und Parition, zufolge derer längst vorhin cum plenâ Causae Cognitione ergangenen, und über 70. Jahren in Judicatum erwachsenen Urthelen, auch nach Maaßgab des Anno 1624. [80.] Mandati Primi getroffenen Paritions-Vergleichs, und nachhero [142.] Anno 1631. weiter erfolgten Paritions-Anzeige in integrum zu restituiren, und in den Stande wieder zu setzen, worin Sie vor dem Anno 1693. resuscitirten Proceß gewesen; Solchemnach selbige bey der von Klägern independenten Gerichtbarkeit des Flecken Burgsinna, bey dem Jure Mulctandi, auch die Frevel in ihrer gantzen Gemarckung zu bestrafen, und deßhalb Bußen anzusetzen, so dann bey der Freyheit von allen Frohnen und Diensten, Besthaupt, Hand-Lohn, Ein- und Auszug-Geld, und sonstige Gaben, wie auch bey den Gerechtigkeiten, Schultheiß, Gericht, und Heiligen-Meister zu bestellen, Bürger, Förster, Hürten, auch andere Diener des Orths an- und in Pflichten zu nehmen, minder nicht Pfarrer und Schulmeister zu be-

nennen, den Weinschanck und die Wirthschafft zu begeben, und selbige zu benutzen, Gefängnuß und Halß-Eisen zu haben, die Märckte zu halten, das Stand-Geld zu erheben, das Waag-Hauß zu bestellen, über Ehlen, Maaß, und was dahin einschlägt, zu disponiren, das Fisch-Wasser von der Brücken biß an den Steg allein zu benutzen, die gemeine Waldungen, Holtz und Mast, die gemeine Weyd, auch Jagd auf der gantzen Gemarckung des Fleckens allein zu genießen, (wo nicht Klägere nach Erfüllung dieser Urtheil noch etwas in der Gemeinde besitzen werden, auf welchen Fall sie doch nicht anderst, als anderen Gemeinds-Männern zu solchen Emolumentis zuzulassen) ferner die Drey Thor-Häußer zu besitzen, und zu besetzen, ein eigenes Gerichts-Insiegel zu gebrauchen, Zoll- und Weeg-Geld zu erheben, fort bei allem deme in Possessione zu schützen und zu manuteniren, auch in all-dasjenige wieder zu setzen, was Sie durch Urtheil und Recht vorhin erhalten, worin Sie vormals gesetzt, oder wobey Sie geschützet worden, und darin biß ad Annum 1693. verblieben, Klägere auch allen Nutzen, welchen Sie aus all-obbesagten Güthern und Gerechtsamen genossen, weniger nicht allen Schaden, den Sie aus Gelegenheit dieses Proceßes der gantzen Gemeinde, oder diesen und jenen in particulari zugefüget, zu ersetzen schuldig, und darzu zu condemniren und verdammen, selbige aber mit ihrer Klage ad Petitorium, und zu besserem Beweiß, und zwar besonders der qualitatis Feudalis zu verweisen seyen; als wir hiermit restituiren, manuteniren, wieder einsetzen, schuldig erkennen, condemniren und verweisen, die Gerichts-Kosten dieserthalben bey diesem Kayserlichen Cammer-Gericht aufgelauffen, aus bewegenden Ursachen gegen einander compensirend und vergleichend.

Dann ist ermeldten Klägern zu würcklicher Execution und Vollziehung dieser Urtheil, auch glaubliche Anzeige zu thun, daß derselben fürohin gelebet werden wolle, Zeit Dreyer Monathen pro termino & prorogatione von Amts wegen angesetzet, mit dem Anhang, wo sie deme also nicht nachkommen werden, daß sie jetzt als dann, und dann als jetzt, in die Straf Zehen Marck Löthigen Golds, halb dem Kayserlichen Fisco, und zum andern halben Theil denen Beklagten ohnnachläßig zu bezahlen, fällig erkläret seyn, auch der Real-Execution halber auf ferneres Anruffen ergehen solle, was Recht ist.

In Urkund dieses mit Unserem Kayserlichen Insiegel bekräfftigten Scheins, so darüber ausgefertiget und mitgetheilet worden. Geben in Unser und des Heiligen Reichs=Stadt Wetzlar, den Sieben und Zwantzigsten Tag Monaths Octobris, nach CHristi Unsers Lieben HErrn Geburth im Siebenzehen Hundert Fünff und Fünffzigsten Jahre, Unserer Reiche des Römischen im Eilfften rc. rc.

Ad Mandatum Domini Electi
Imperatoris proprium.

Friderich Wilhelm Rüding,
Lt. Kayserlichen Cammer=Gerichts Cantzley=
Verwalter. Mppriâ.

L. S.

Anselm Frantz Messer, Kayserlichen Cammer=
Gerichts=Protonotarius. Mppriâ.

II.

Auszug aus dem Urtheilsbuch des königlichen Bezirksgerichts Lohr. I. Senat. Sitzung vom 28. Oktober 1875.

Das

königliche Bezirksgericht

Lohr

hat in Sachen

Burgsinn gegen Thüngen

wegen Entschädigung

folgendes Urtheil erlassen:

A. In der Hauptsache

wird zu Recht erkannt:

1) Die im Besitze der Lehengüter befindliche Vereinigung der Gesammtfamilie der Freiherrn von Thüngen und zwar die Lutz'sche und Andreas'sche Linie solidarisch — ist schuldig, aus dem gemeinsamen Vermögen der Gesammtfamilie die innerhalb der Periode von siebzehnhundert sechzehn auf siebzehn bis achtzehnhundert achtundvierzig aus den Gütern und Rechten der klagenden Gemeinde (Burgsinn) bezogenen Nutzungen oder an deren Stelle das Interesse (wie dieß letztere von der Klagspartei auf Grund der in den eigenen Rechnungen der Freiherrn von Thüngen vorgetragenen Einnahmen und nach Abrechnung der unten zu erweisenden Compensationsposten innerhalb des unter B. eingeleiteten Liquidationsverfahrens liquid gestellt werden wird), nebst den 5% Zinsen hieraus von dem 28. Juni 1872, als dem maßgebenden Tage der Klagezustellung zu erstatten.

2) Alternative mit der unter 1 als schuldig befundenen Vereinigung der lehensherrlichen Gesammtfamilie sind auch die einzelnen männlichen Familienglieder dieser lehenberechtigten Vereinigung, welche seit der Litispendenz von 1716—1848 an den Lehensnutzungen Antheil gehabt haben, — in gleicher Weise solidarisch schuldig, aus ihrem Allodialvermögen diese Nutzungen oder das Interesse hieraus nebst 5% Zinsen vom 28. Juni 1872 nach vorheriger Liquidstellung zu erstatten. — Diese einzelnen jedoch nur für den Zeitraum, während dessen sie innerhalb der in Frage stehenden Periode von 1716/17—1848 an den Lehensnutzungen selbst Antheil gehabt haben, sowie nur bezüglich der gesammten Einnahmen, welche innerhalb dieser Periode angefallen sind. —

3) Ferner sind an Stelle der einzelnen unter 2 erwähnten Lehensnutznießer, deren männliche Allodialerben, welche seit 1716 selbst Lehensbesitzer waren und demzufolge in dem vorliegenden seit 1716 anhängigen Prozesse prozeßrechtlich selbst als Mitbeklagte zu erachten sind, schuldig, die solidarischen Antheilsverpflichtungen ihrer Erblasser — diese Erben unter sich jedoch nicht solidarisch — nebst Zinsen wie angegeben zu erstatten.

4) Endlich wird Klagspartei zum Beweise mittelst Urkunden und Zeugen darüber zugelassen: daß die jetzt beklagten und beigeladenen Freiherrn von Thüngen Universalsuccessoren jener Freiherrn von Thüngen geworden sind, welche als Streittheile in dem seit dem Jahre 1716 schwebenden Prozesse zwischen den Freiherrn von Thüngen und der Gemeinde Burgsinn auftraten.

B. Im Liquidationsprozesse:

I. Abgewiesen werden a) unter dem Posten der Klagspartei:

1) Die Klage auf Rückzahlung der Vergleichssumme von 1700 Reichsthalern oder 2550 fl. rheinisch nebst Zinsen vom Tage der Klagszustellung, welche die Gemeinde Burgsinn nach dem Exekutionsvollzug vom 8. Juli 1699 angeblich an die beklagte Partei gezahlt hat.

2) Die Klage auf Rückersatz der Nutzungen vor Rechtsanhängigkeit des Restitutionsgesuches der Gemeinde vom 23. September

1716, somit vor dem Rechnungsjahre 1716 auf 17, soweit dieselben bisher eingeklagt sind, zu 2384 fl. 19¼ kr. nebst Zinsen vom Tage der Zustellung der jetzigen Klage.

3) Die Klage, soweit die Klagssummen nebst Zinsen durch die zugestandenen Zahlungen von

5100 fl. aus der Verlassenschaft des Kammerherrn Carl und Philipp Freiherrn von Thüngen gemäß Vergleich vom 29. April 1850 und

1000 fl. aus der Sequestrationscasse laut Abkommens vom 11. Juli 1855

Sa. 6100 fl. zerstört wird.

b) Unter den Posten der beklagten Partei:

55000 fl. Rückersatzanspruch von Lehengebühren und Auslagen für Belehnung.

Im Uebrigen wird

II. Klagspartei zum Beweise mittelst Sachverständigen (vorbehaltlich der Entscheidung über die Zulässigkeit eines Schätzungseides) über die Frage zugelassen:

Ob die von der beklagten Partei edirten Rechnungen, welche mit Unterbrechungen vom Jahre 1724/25—1848 edirt wurden, als Ertrag der der Gemeinde zuerkannten Grundbesitzungen und Nutzungsrechte eine Einnahme seitens der Freiherrn von Thüngen im Gesammtbetrage von

746,824 fl. 2 kr.

oder wieviel ergeben.

III. Beklagte Partei zum Beweise und Gegenbeweise gemäß Art. 333 Pr.-O.

1) mittelst Rechnungen und Sachverständiger über die Frage:

Ob der Gemeinde Burgsinn während der Periode 1724/25 bis 1848 an Bau- und Brennholz ein Werth von 40,000 fl. verabreicht wurde und ob dieses an die Gemeinde abgegebene Holz oder wieviel in den edirten Rechnungen speziell in Einnahme gesetzt erscheint.

2) Mittelst Rechnungen und Sachverständiger über die Frage:

Ob von den vereinnahmten Forststrafen $^3/_{12}$tel als Amtsge-

bühr dem Beamten und $^4/_{12}$ den Forstbediensteten als Anzeigegebühr wieder herausgegeben wurde, und ob die Gesammtsumme der eingezahlten Forststrafen, oder etwa nur die den Frhrn. von Thüngen verbliebenen $^5/_{12}$ in den Rechnungen in Einnahme gesetzt sind.

3) Durch Rechnungen und Sachverständige über die Frage: Ob für Holzfabrikation und Culturkosten (Rubrik 7 der Klagsbeilage) nicht blos 49,091 fl. 42 kr., sondern 7750 fl. $30^1/_4$ kr. oder wieviel mehr ausgegeben wurde.

4) Bezüglich der Verwaltungskosten zum Beweise mittelst Sachverständiger, Zeugen und Urkunden über die Fragen:

a) Ob die der Gemeinde Burgsinn zugesprochene Waldung 8634 Tgw. 425 Dez., die der Frhrl. von Thüngischen Gesammtfamilie gehörigen übrigen Waldungen 14153 Tgw. betragen. Ob demzufolge von den Verwaltungskosten der beiderseitigen Waldungen auf die Verwaltung des Gemeindewaldes $^4/_{10}$, nicht blos der von der Klägerin zugegebene $^1/_7$ Antheil oder wieviel trifft, und um wieviel sich hiedurch die von der Klagspartei angesetzten Einnahmen unter weiterer Berücksichtigung nachstehender Umstände, soweit dieselben nachgewiesen werden, mindern.

b) Ob insbesondere im Ganzen auf nothwendige Jagd-Jäger- und Försterbesoldung nicht blos die in der Rubrik 8 der Klagsbeilage in Ausgabe gestellten 78,186 fl. $9^3/_4$ kr., sondern um 73,737 fl. $31^1/_2$ kr. mehr verausgabt wurden, ob ferner überhaupt die Aufstellung der von der beklagten Partei verwendeten Zahl der Forstbediensteten nothwendig gewesen wäre, ob nicht vielmehr ein einziger Revierförster für die ganze Frhl. von Thüngische Waldung einschlüssig des Gemeindewaldes genügt hätte, und wie sich eventuell hienach diese Verwaltungskosten reduziren würden.

c) Ob die hienach für die Jäger nothwendige Dienstwohnung von 1724/25—1750/51 auf 200 fl. und von 1752/53 bis 1846/47 auf dreihundert Gulden jährlich, 3 Kraut- und Kartoffelbeete von 1724—1848 mit 12 fl. jährlich, die Dienstwohnung

des Forstoberaufsehers nebst Garten mit 156 fl. jährlich, die übrigen Leistungen aber nach dem Inhalte der Rechnungen anzuschlagen waren;

d) durch Zeugen und Rechnungen darüber:
daß Beklagte überdieß an den entlassenen Revierförster Stelzner in Folge richterlicher Entscheidung von Petri 1829 bis 1839 die Summe von 10,000 fl. und an den pensionirten Revierförster Staudtner von 1839 auf 40 bis 1866 jährlich 450 fl. (zusammen 9000 fl.) zu zahlen hatten.

Durch Rechnungen und Sachverständige über die Fragen:

e) Ob die Besoldungen des Renteipersonals, welche in der 9. Rubrik der Klagebeilage auf nur 89,536 fl. 15 kr. angesetzt wurden um 102,803 fl. 45 kr. mehr betrugen;

f) ob an Ausgaben auf Regie, Schreibmaterialien, öffentliche Blätter ꝛc. nicht blos die in Rubrik 10 der Klagsbeilage angesetzten 2879 fl. $22^1/_2$ kr. sondern 20000 fl. mehr erwachsen sind;

g) ob die in der 11. Rubrik der Klagsbeilage angesetzten Steuern und Auslagen nicht blos 51,208 fl. 56 kr., sondern einschlüssig aller Kriegssteuern, Lasten und Requisitionen 39,680 fl. 28 kr. mehr betragen.

h) Durch Rechnungen, Zeugen und Sachverständige über die Fragen:
Ob für Grenzberichtigung, Rechnungsdefekte und Ersatzposten (Rubr. 12 der Klagsbeilage), für welche Klägerin 57,090 fl. 33 kr. ansetzt, sich 92586 fl. $7^1/_2$ kr. mehr berechnen, ob überdies an Rechnungsdefekten der Heinle'schen und Gett'schen bezw. Dunkel'schen Verwaltung 17920 fl., auf den Antheil der Klägerin treffen.

Mittelst Rechnungen und Zeugen darüber:

5) daß auf dem von der Klägerin im Jahre 1868 erkauften Anwesen des Hartmann in der Trockenbach zu Gunsten der Lutz'schen und Andreas'schen Linie ein Grundzins von jährlich 10 fl. ruht;

6) daß die Klägerin vom 4. Juni 1848 bis 9. Mai 1864 auf dem der beklagten Partei gehörigen Jagdbogen die Jagd aus-

geübt oder verpachtet, und Frage an die Sachverständigen, ob hiefür eine jährliche Entschädigung von 50 fl. angemessen.

7) Durch Rechnungen und Zeugen:

daß die Klägerin Ende der 1850er Jahre in der der beklagten Partei gehörigen Waldabtheilung Birkig, Holz und in welchem Betrag geschlagen,

und Fragen an die Sachverständigen:

ob dieses Holz 1000 fl. werth war.

8) Durch Rechnungen, Zeugen und Sachverständige darüber:

daß die Beklagten beider Linien der Frhl. von Thüngen seit wann? 22 Nachbarrechte in Burgsinn besitzen, welchen je ein Recht auf Mitbenützung des Gemeindevermögens zusteht, und über die Frage, ob an Brennholz vom Jahre 1847—48 bis zur Klagezustellung vom 28. Juni 1872—46176 fl. an Bauholz seit 1847/48 bis jetzt (bis zur Verhandlung vom 27. Oktober 1875) 26540 fl. 38 kr. auf diese Anwesen getroffen hätten.

9. Durch Zeugen und Rechnungen darüber:

daß im Jahre 1863 oder 1864 bei Aufhebung der Sequestration aus der Sequestrationskasse pro Nachbarrecht 250 fl. baar vertheilt wurden und wieviel damals die zu vertheilende Summe betragen hätte, wenn die beklagtischen berechtigten Anwesen mitgetheilt hätten, oder mit anderen Worten: wie viele Nachbarrechte damals die beklagte Partei besaß.

IV. Klägerin wird wieder zum Gegenbeweise gemäß Art. 333 Pr.-O. mittelst Urkunden und Sachverständiger über die Frage zugelassen:

daß, und welche dieser Verwaltungskosten einschlüßig der Dienstgründe von ihr bereits anderweitig in Abrechnung gebracht wurden.

Bezüglich der Sachverständigen ist Einigung der Parteien während der öffentlichen Verhandlung bezüglich der klägerischerseits vorgeschlagenen 2 Sachverständigen:

Kgl. Forstmeister Renner in Lohr und
Kgl. Oberförster Hofmann in Rothenbuch

jedoch nur insoweit erzielt, als es sich um technisch-forstwirthschaftliche Fragen handelt.

Bezüglich eines dritten Sachverständigen sowie bezüglich der Rechnungssachverständigen wird weitere Einigung gemäß Art. 434 der P.-O. gewärtigt.

In Ermanglung einer Einigung der Parteien wird die Auswahl dem beauftragten Richter überlassen.

Zur Beweiserhebung wird Bezirksgerichtsrath Dr. Seitz und als Frist gemäß Art. 406 Pr.-O. wird 1 Monat bestimmt.

Gründe.

§. 1.

Es handelt sich im vorliegenden Spezialprozesse um Exekution in die Nutzungen, zu welchen die jetzt Beklagten Frhl. von Thüngen durch Urtheil des Reichskammergerichts vom 27. Oktober 1755 in Sache von Thüngen gegen Burgsinn p. mandati p. de restituendis bonis und auf Restitutionsgesuch der Frhl. von Thüngen durch oberstrichterliches Urtheil vom 5. Dezember 1846 rechtskräftig verurtheilt sind.

Das Urtheil von 1755 (Bd. 41 fol. 1025) bestimmt, daß:

Kläger auch allen Nutzen, welchen sie aus all- obbesagten Gütern und Gerechtsamen (sc. den gemeinen Waldungen, der indepedenten Gerichtsbarkeit des Fleckens Burgsinna 2c. 2c.), genossen, weniger nicht allen Schaden, den sie aus Gelegenheit ds. Prozesses der ganzen Gemeinde oder diesen und jenen in particulari zugefügt, zu ersetzen schuldig und dazu zu condemniren und verdammen.

Das oberstrichterliche Urtheil von 1846 (Bd. 71 b. f. 180) spricht wiederholt aus:

Es habe bei dem der Gemeinde (im Erkenntniß von 1755) oder diesen und jenen in particulari zugesprochenen Ersatze des Nutzens, und des Schadens aus Gelegenheit ds. Prozesses sein Bewenden.

Die gegenwärtige Klage verlangt nun neben 5% Zinsen vom Tage der Zustellung dieser Klage:

1) Den Ersatz der Nutzungen aus den in obigen Urtheilen in possessorio zuerkannten Waldungen von dem Jahre an,

von welchem an die Gemeinde diesen Besitz verloren, bis zur Sequestration i.e. von 1699—1848.

Der Betrag dieser Nutzungen wird in der Klage und öffentlichen Sitzung vom 27. Oktober 1875 auf 749,208 fl. 21¼ kr. angegeben;

2) den Rückersatz einer Entschädigung von 1700 Reichsth. à 1 fl. 30 kr. oder 2550 fl., welche die Gemeinde Burgsinn vergleichsweise für die Zeit von 1693 — 1697 nach einem vorgängigen Judikate vom 7. Juli 1697 deßhalb zahlte, weil sie so lange die Waldungen inne gehabt habe; dieselbe behauptet, auch gegen dieses Judikat sei sie durch das Urtheil von 1755 in integrum restituirt.

Beide Summen werden von den beiden Linien der Frhl. von Thüngen, der Lutzschen und der Andreasschen solidarisch, eventuell ausgeschieden, auf Grund der von den Frhl. von Thüngen selbst edirten Rechnungen, aus welchen dieselben als Einnahmen resultirten, verlangt.

Als Grund, warum trotz des Versirens des Prozesses im Exekutionsstadium neuerliche Klage erhoben wurde, wird einerseits Art. 896 der bayr. Pr.-O. von 1869, nämlich das einzuleitende Liquidationsverfahren angegeben; ein weiterer Grund ergibt sich anderseits aus dem Umstande, daß eine, im Grunde zwar zum Hauptprozesse gehörige, in diesem aber noch unentschiedene Frage, die Frage nämlich, ob der Vollzug dieser Ersatzforderungen gegen die jetzt lebenden Frhr. von Thüngen stattzufinden habe, in den Vorprozessen noch nicht zum definitiven Austrage kommen konnte, vielmehr mit oberstrichterlichen Urtheile vom 5. Dezember 1846 der besonderen Austragung im Exekutionsstadium vorbehalten ist.

(§ 71 ds. Urthls. Aktenbd. 71 b, Fol. 338).

§ 2.

Bevor auf eine materielle Prüfung der Sachlage eingegangen werden kann, sind einige formelle Vorfragen in Betracht zu ziehen.

1) Nach der Annahme der Beklagten handelt es sich um einen Streit, welcher Lehengüter betrifft; in diesem Falle verfügt

die frühere bayr. Gesetzgebung und berühren die früheren Urtheile vom Jahre 1841—1846 (Vgl. Bd. 66 f. 159. Bd. 69 f. 166 ꝛc.) — die Nothwendigkeit der Mittheilung der Sache ad cameram der k. Regierung Kammer des Innern.

Aber abgesehen davon, daß es sich in dem jetzigen Spezialprozesse selbst auf Seite der Beklagten nicht um eine Lehenssubstanz, sondern äußersten Falles nur um Früchte eines Lehens handeln könnte, welche an sich als Allod zu erachten sind (Gerber d. Privr. §. 131) und welche lediglich mit den Früchten der Lehensgüter also nur an Lehensberechtigte zur Vertheilung gelangten, erscheint diese frühere Vorschrift überhaupt durch Art. 73 bayr. Pr.-O. von 1869 (Barth Comm. hiezu S. 308 §. 123 II) nunmehr beseitigt.

2) Bei Würdigung des erwähnten, durch da oberstrichterliche Urtheil vom 5. Dezember 1846 entschiedenen Restitutionsgesuches gegen das Urtheil des Reichskammergerichts von 1755 haben die bayr. Urtheile der 3 Instanzen ausgesprochen, daß das Prozeßverfahren nicht nach bayr. Civilprozesse, sondern nach dem Prozesse des Reichskammergerichts durchzuführen sei; (besonders das Urtheil des k. Appellationsgerichts in Aschaffenburg vom 5. Oktober 1842 Bd. 69 fol. 160, 166, 166 V. ꝛc.) Diese Entscheidung tritt jetzt außer Kraft, weil nach der jetzigen bayr. Pr.-O. von 1869 Zwangsvollstreckung als selbstständiges und neues Prozeßstadium zn betrachten ist, so daß schon aus diesem Grunde der vorliegende Incidentstreit innerhalb dieses Prozeßstadiums nach dem jetzt geltenden Prozeßverfahren durchzuführen wäre.

Ueberdies ist zufolge der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 20 des Einf.-Ges. zur bayr. Pr.-O. von 1869 (cf. Analog Bl. f. R. A. Bd. 39 S. 133) das Verfahren dieses Prozeßgesetzes hier anzuwenden, soweit nicht etwa gemäß Art. 23 dieses Einf. Ges. wohlerworbene Rechte aus dem früheren Prozeßrechte in Frage kommen könnten, wie etwa namentlich das Recht der Litispendenz seit 1716 und der durch sie bereits begründeten mala fides u. s. w.

§. 3.

In materieller Beziehung entsteht die Vorfrage, welche Persönlichkeit rechtlich diejenige „Familie“ der Frhl. von Thüngen repräsentirt, welche im Hauptprozesse namentlich nach der Erläuterung des oberstrichterlichen Urtheils vom 5. Dezember 1846 als Prozeßpartei erscheint, namentlich im Rubrum sowie im Tenor ds. Urtheils ausdrücklich als Restitutionssucherin und als unterliegender Theil bezeichnet ist. Diese Bezeichnung im Hauptprozesse hat maßzugeben, nicht die nichtssagende Bezeichnung der beklagten Partei in der neuerlichen Klage als „Frhl. von Thüngische Gutsherrschaft“, weil das jetzige Exekutionsstadium wenn auch ein selbständiges Prozeßstadium so doch nur eine Fortsetzung und ein Vollzug des Hauptprozesses ist. Diese „Familie“ beanspruchte von jeher und besaß vor dem Jahre 1848 die strittigen Güter nur als ein Lehen (feudum oblatum), welches dieselbe im Jahre 1438 dem Markgrafen von Brandenburg als Lehen aufgetragen haben wollte; d. h. sie besaß die strittigen Güter so, wie wenn sie ein Lehen gewesen wären, und aus diesem Grunde ist auch den Frhl. von Thüngen im Reichskammergerichtsurtheil von 1755 wie im oberstrichterlichen Urtheil von 1846 der bessere Beweis der qualitas feudalis mit dem petitorium vorbehalten. Nur von den Frhl. von Thüngen als Lehensbesitzern wurde die Gemeinde von jeher in ihrem Besitze beunruhigt; die Güter der Lehensbesitzer waren es, welche in Folge von deren Uebergriffen und Achtserklärung nach Erlaß des Mandates vom 30. April 1630 der Gemeinde, um daraus ihre Entschädigung zu ziehen, zugewiesen wurden, und deren Lehenserben waren es wieder, welche — mit ihren wirklichen Lehen — ungerechtfertigter Weise auch den Besitz der Gemeinde mittelst des 1755 wieder beseitigten Judikates vom 7. Juli 1697 an sich rissen.

Damit erscheint die im Besitze der Gemeindegüter befindliche Familie der Herren von Thüngen keine Vereinigung nach gemeinem, sondern eine Vereinigung nach Lehenrecht, oder eine Lehensgemeinschaft, welche durch Coinvestitur in den Besitz der „gemeinen Waldungen und Gerechtsamen“ als von vermeintlichen oder angeblichen Lehensgütern gelangt war. Eben deshalb übte auch diese Vereinigung, welche aus den Gemeindegütern die jetzt herauszugebenden Früchte

zog, während des Früchtebezuges nicht Besitz und Erbfolge des gemeinen Rechtes, so daß die ganze männliche und weibliche Descendenz an den Früchten antheilsberechtigt gewesen wäre, sondern die Vereinigung, welche bis zum Erlasse des Endurtheils von 1846 die Früchte bezog, war nach den Bestimmungen des gemeinen Lehenrechtes wie gemäß §. 55 des bayr. Lehensediktes vom 7 Juli 1808 (Reg. Bl. S. 1093) lediglich der Mannsstamm, welcher unter sich zufolge des Lehenediktes jetzt nach dem Rechte der Erstgeburt sowie der agnatisch linealischen Erbfolge succedirt, soferne nicht diese vermeintlichen Lehengüter gemäß § 56 des Lehensediktes als alte Lehen bezeichnet werden wollten, für welche im Lehenbriefe eine andere Erbfolge getroffen ist, was zur Zeit von keiner Seite behauptet erscheint.

Die Frage nun, ob diese durch den Mannsstamm repräsentirte zum Bezuge von Lehensnutzungen berechtigte Vereinigung oder Gesammtfamilie der Frhl. von Thüngen wirklich als Gesammtheit belangt werden darf, und ob nicht vielmehr die einzelnen Früchte percipirenden Familienglieder auf Herausgabe der Nutzungen hätten belangt werden müssen, bildet den Cardinalpunkt und die entscheidendste präjudizielle Vorfrage des ganzen jetzigen Streites, gegen welche sich vor allem und vorzugsweise die Vertheidigung der beklagten Partei richtet.

Diese Frage mußte im Grunde schon mit der Entscheidung des vorausgehenden Hauptprozesses entschieden worden sein, weil auch der Streit über Herausgabe der Substanz der Güter sowie der Rechte der Gemeinde die Legitimation zur Sache zu prüfen und zu entscheiden hatte, welche rechtliche Persönlichkeit zur Herausgabe dieser Objekte in der Lage sei.

Trotzdem ist die Art der Entscheidung dieses Cardinalpunktes — aus dem Reichskammergerichtsurtheile von 1755 wenigstens — in der That nicht im Mindesten ersichtlich, weil dieses Urtheil keinerlei Entscheidungsgründe enthält, und in dessen Tenor nur einzelne Frhr. von Thüngen als Partei genannt sind, ohne daß somit aus den maßgebenden Motiven der Urtheilsfällung ersehen werden kann, ob diese einzeln Benannten im Streite als einzelne oder als Repräsentanten der Gesammt-Familie betrachtet werden wollten. Es ist deßhalb das vorliegende Rechtsverhältniß neuerdings zu prüfen.

Wäre nun eine derartige Lehensvereinigung lediglich nach römischen Anschauungen zu beurtheilen, so wäre der gegenwärtige gegen diese Vereinigung als Ganzes gerichtete Anspruch sowohl in dem früheren im Jahre 1846 entschiedenen Hauptprozesse abzuweisen gewesen, als im jetzigen Prozeßstadium abzuweisen, weil eine solche Familienverbindung nach römischen Begriffen als keine juristische Person und überhaupt als keine andere Vereinigung zu erachten wäre, als daß deren Vermögen als eine römische communio und die Familienverbindung selbst als eine römische societas erschiene, so zwar, daß die Klage nach den Bestimmungen über eine römische societas nur gegen die einzelnen zu richten die vorliegende Klage gegen die Gesammtheit der Familie ohne bestimmte Bezeichnung der einzelnen aber abzuweisen gewesen wäre.

Anders aber nach dem jetzigen Stande der Rechtsentwicklung innerhalb des heutigen gemeinen Rechtes, wie dasselbe namentlich in der Praxis zur Ausbildung gelangt ist.

Diese hat bezüglich derartiger deutschrechtlicher Vereinigungen eine Unanwendbarkeit des römischen Rechtes constatirt, so daß bei dessen Unanwendbarkeit in Ermangelung einer anderen positiven Satzung die Praxis mittelst innerer Rechtsgründe (mittels der sog. Rechtsquelle des Rechtes der Wissenschaft, Puchta Pand. § 16) ergänzend einzutreten oder (nach Iherings Ausdruck) das hier maßgebende heutige Rechtsverhältniß zu construiren hatte.

Das römische Recht nämlich löst jede Vereinigung oder Gesellschaft, welche nicht juristische Person ist, das ist jede societas jedesmal mit dem Austritte, dem Tode, der Insolvenz ꝛc. schon auch nur eines einzigen Mitgliedes auf; ebenso läßt sie eine solche Vereinigung (societas) nur durch Vertrag, d. i. durch besonderen Consens aller einzelnen Mitglieder entstehen.

Nun zeigt aber die tägliche Erfahrung des heutigen Rechtslebens eine große Anzahl von Vereinigungen oder moderner Gesellschaften, bei welchen diese römische Voraussetzung nicht eintritt, theilweise unmöglich eintreten könnte. So z. B. im täglichen Leben bei den zahllosen Casinos, Kunst- und Turnvereinen, Consum- und Produktions-Genossenschaften. Hier wäre ein Bestand mit jedesmaliger Auflösung bei dem Absterben oder Austritte eines der zahlreichen immer wieder

wechselnden Mitglieder kaum denkbar; bei andern, z. B. der sogen. Realgemeinde (der Vereinigung der Großbegüterten) der Lehensfamilie 2c. wäre ein Eintritt, welcher von der Zustimmung der übrigen Theilhaber, vom Consensual-Vertrag, von deren Willkühr abhängig wäre, ohne Störung ihres Rechtes geradezu undenkbar.

Deßhalb erkennt die heutige Praxis an, daß derartige Vereinigungen des deutschen Rechts unter die römische societas nicht subsumirt werden können, weil bei ihnen nicht die gleichen Voraussetzungen zum Eintritt und zur Lösung des Gesellschaftsverbandes gegeben oder durchführbar erscheinen, und nimmt die heutige Praxis bekanntlich eine von der römischen societas unabhängige deutschrechtliche Gesellschaft, welcher dieselbe den deutschrechtlichen Namen einer Genossenschaft beilegt, thatsächlich oder empirisch auch selbst da als gegeben an, wo eine sog. „eingetragene Genossenschaft“ nicht vorliegt; so unter a. Blätter f. Rechtsanw. Bd. 39. S. 369–371; Bd. 21, S. 254; Seuffert Archiv Bd. 23. S. 109, 206; Bd. 25. Nr. 199; Bd. 1. Nr. 314; Bd. 20. Nr. 200, 201. Bluntschli deut. Privatrecht §. 39.

Diese Grundbedingungen einer deutschrechtlichen Genossenschaft nun sind bei der germanistischen Lehensgemeinschaft des gemeinen Longobardischen Lehensrechts vor allen anderen gegeben; hier löst sich nicht durch Tod, Kündigung 2c. des einzelnen die ganze Gesellschaft auf, und hier ist der Eintritt des einzelnen nicht etwa von einer freien Zustimmung der übrigen Lehensmitberechtigten oder davon abhängig, ob diese ihm freiwillig einen Mitgenuß gestatten oder entziehen wollen, der Eintritt jedes einzelnen und seines Nachfolgers vielmehr erfolgt schon ex pacto et providentia majorum ohne Consens der übrigen durch einfache Belehnung selbst wider Willen und Consens der übrigen Theilhaber. In Folge dieser Voraussetzungen ist nothwendig auch die gesammtbelehnte Familie der Frhl. von Thüngen nicht eine römische societas, sondern eine sog. Genossenschaft, welche — gleichviel ob man dieselbe als juristische Person oder als deutschrechtliche Gesellschaft construiren wird — selbstständig und unabhängig von einer Klage gegen die einzelnen Glieder verklagt werden kann, und deren Vereinigung vor Gericht als solche handeln kann, ohne daß nothwendig die einzelnen Mitglieder als einzelne als handelnd auftreten.

Zwar hat namentlich die Theorie die deutschrechtliche Genossenschaft noch keineswegs so vorwiegend anerkannt wie die Praxis.

Entgegen den Anschauungen von Beseler, Bluntschli und anderen, welche innerhalb der Theorie die Genossenschaft vertreten, haben insbesondere Gerber und andere deren Existenzberechtigung einfach negirt, ohne etwas ausreichendes Positives an deren Stelle zu setzen, diese Gegner der Genossenschaft führen aus: die römische Universitas und societas seien logische nie zu vermittelnde Gegensätze; ein bestimmtes Recht könne nur entweder einer von den physischen Personen der einzelnen Mitglieder unabhängigen fingirten oder juristischen Person oder nur der physischen Person der einzelnen Mitglieder selbst zustehen; ein Mittelding sei logisch unmöglich.

Allein schon diese Deduktion zeigt sich als eine irrthümliche. Jedes einzelne Recht theilt sich bekanntlich wieder in Befugnisse und Verpflichtungen; nun besteht aber das logische Wesen der Genossenschaft eben darin, daß diese Vereinigung eine moderne Gesellschaft ist, welche zwar an den Pflichten einer juristischen Person Antheil hat, ohne doch zugleich der Befugnisse oder Vorrechte derselben theilhaftig zu sein. Genossen werden z. B. wie eine juristische Person durch einen Prozeß rechtsverbindlich auch dann schon verpflichtet, wenn nicht alle Einzelnen wie bei der societas sondern lediglich ihre statutengemäße Vertretung für sie in den Prozeß eingetreten ist, insofern unterliegen sie der gleichen Verpflichtung wie eine juristische Person. Andererseits aber genießen sie nicht die Vortheile einer juristischen Person, welche unter anderen darin bestehen, daß bei ihrer Verurtheilung nicht blos in das Vermögen der Vereinigung, wie bei der juristischen Person, sondern überdies auch in das Sondervermögen aller Einzelnen (wie bei der römischen societas) eine Exekution stattfinden kann. Auf diese Weise ist allerdings eine logische Begründung der deutschen Genossenschaft sehr wohl gegeben.

Ueberdies was würde es nützen, wenn die Theorie Gerbers unter andern die Berechtigung einer Genossenschaft läugnet, während bei solchen Vereinigungen thatsächlich eine Anwendung mancher Bestimmungen der römischen societas und demzufolge auch ein zu Recht Bestehen derselben hier geradezu unmöglich ist, und wenn diese

Theorie so eine Unanwendbarkeit der römischen Bestimmungen selbst anerkennen muß.

Nicht blos in den obigen Beispielen der Realgemeinde ꝛc. wurde dies gezeigt, sondern auch in anderen Fällen würde die Gerberische Theorie viele dieser Vereinigungen geradezu rechtlos stellen; z. B. einem großen Kunstverein ꝛc., dessen täglich wechselnden Mitglieder über ganz Europa zerstreut sein mögen, wäre es absolut unmöglich, bei Rechtsverletzungen einen Prozeß zu führen, einen Vergleich zu schließen ꝛc., wenn nach den Bestimmungen der römischen societas sämmtliche Theilnehmer die Vollmacht zum Prozesse ertheilen müßten, während eine Vollmacht von allen Theilhabern einfach nie zu erwirken wäre.

Wenn die Anhänger von Gerber deßhalb die Genossenschaft selbst lediglich als eine „modifizirte Societät" bezeichnen, so ist dies im Grunde nur ein unnützer Wortstreit; denn es ist sachlich nicht das Geringste dagegen einzuwenden, wenn man ganz dasselbe, was andere Genossenschaft nennen, unter dem Namen einer deutschrechtlichen Gesellschaft oder modifizirten societas dennoch zur Anwendung bringt; damit gibt eben ganz in gleicher Weise die Anschauung Gerbers die Unanwendbarkeit einer römischen societas selbst zu; das Anerkenntniß der Nothwendigkeit einer Modifikation ist eben das Anerkenntniß einer desuetudo der reinen römischen Bestimmungen der societas für die hier gegebenen Vereinigungen.

Ueberhaupt ist es aber nicht Aufgabe der Praxis, das Rechtsverhältniß der Genossenschaft auch theoretisch zu construiren; dieselbe hat ihre Aufgabe erfüllt, wenn sie die heutige Unanwendbarkeit oder die opinio necessitatis einer Unanwendbarkeit und damit die desuetudo der conträren Bestimmungen der römischen societas, welche, wie soeben gezeigt, einmüthig von der Praxis wie von der Theorie anerkannt werden müssen, empirisch constatirt; aus dieser desuetudo folgt alsdann von selbst, daß ein anderes modernes Recht gestaltet werden müsse; dieses hat eben die Praxis, nach den Bestimmungen, wie dieselben erfahrungsgemäß allen derartigen Vereinigungen theils gemeinsam sind, theils gemeinsam sein müssen, unter dem Namen der Genossenschaft bereits construirt, und dies Recht ist nun aus inneren Gründen anzuwenden, gleichviel ob wir dies Rechtsverhältniß als

Genossenschaft oder als deutschrechtliche Gesellschaft oder wie immer bezeichnen.

Auf diese Weise ergibt sich das Zurechtbestehen einer sog. Genossenschaft nach den Prinzipien der heutigen Rechtsgestaltung innerhalb des gemeinen Rechtes.

Aber auch das heutige bayr. Recht erkennt eine solche Genossenschaft an, ohne zwischen eingetragenen und nicht eingetragenen Genossenschaften zu unterscheiden. In Anerkenntniß dieses germanistischen Rechtsverhältnisses räumt nämlich jetzt auch die bayr. P.-O. von 1869 in Art. 16 Abs. 2 „Genossenschaften" einen besonderen Gerichtsstand verschieden von dem Forum der einzelnen Mitglieder ein, und regelt dieselbe in den Art. 193 Ziff. 4 Art. 452 und 472 die Zustellung sowie die Eidesleistung durch die Organe der Gesammtheit dieser Genossenschaften ohne Rücksicht auf die in der Gemeinschaft begriffenen einzelnen Genossen, welche nach den Bestimmungen der römischen societas handelnd auftreten müßten.

Für den vorliegenden Fall ist diese Frage überdies auch bereits entschieden. Das Rubrum wie Ziff. II und III des Tenors des oberstrichterlichen Urtheils vom 5. Dezember 1846 bezeichnet durchgängig die Familie, also das Ganze, als Partei und schuldig, ohne dabei einzelne Glieder der Familie auch nur zu erwähnen; in den Urtheilen der drei Instanzen kehrt der im genannten oberstrichterlichen Urtheile Ziff. II wiederholte Ausspruch wieder, daß „die Frhl. von Thüngische Familie Lutz'scher Linie als mit jener Andreas'scher Linie gemeinschaftliche Sache machend anzusehen sei," ohne auf die einzelnen Glieder dieser Familie Rücksicht zu nehmen, und wenn jener Ausspruch damals zunächst auf die Pflicht der Herausgabe der Substanz der Waldungen ꝛc. zu beziehen wäre, nicht direkt auf die Herausgabe der Früchte, so ist derselbe doch auf die Herausgabe der Früchte völlig analog anzuwenden, soweit nicht für deren Herausgabe (bezüglich der fructus consumti z. B.) andere Grundsätze gelten, weil diejenige Vereinigung, welche die Substanz der Gemeindegüter herausgegeben hat, ganz die nämliche ist, welche deren Früchte bezogen hat.

Endlich berühren wenigstens auch die Entscheidungsgründe der verschiedenen Instanzen dieses Rechtsverhältniß; so das erstrichterliche Urtheil vom 20. März 1841 § 50 und 52 und das oberstrichterliche

Urtheil vom 5. Dezember 1846 § 16, insoweit sie die Frage beantworten, ob die jetzt lebenden Frhr. von Thüngen damals schuldig zu befinden waren, obwohl bei der Rechtsanhängigkeit von 1716 Andere verklagt worden sein mußten.

Eine ähnliche präjudizielle Entscheidung ist bezüglich einer analogen Vereinigung der klagenden Gemeinde Burgsinn, welche (jedenfalls gleichzeitig bezüglich einzelner Rechte, welche nur den einzelnen als solche zustanden), als Realgemeinde und damit gleichfalls als Genossenschaft erscheint, in dem vorliegenden Prozesse bereits dahin getroffen worden, daß diese Genossenschaft auch gleichzeitig die Rechte (und damit die Pflichten) der einzelnen in ihr vertretenen Personen vertreten könne; oberstrichterliches Urtheil in dieser Sache vom 5. Dezember 1846 § 17, 18, 19 und eine anderweitige oberstrichterliche Entscheidung in einem analogen Fall liegt vor in Bl. f. R. A. Bd. 39 S. 20.

Daß derartige deutschrechtliche Gesellschaften oder Genossenschaften nicht von den Bestimmungen für sog. „eingetragene" Genossenschaften betroffen werden, für welche im Interesse bestimmter öffentlicher oder gemeinnütziger Zwecke wieder Ausnahmsbestimmungen vorliegen (bayr. Ges. vom 29. April 1869, Ges.-Bl. S. 1153, Reichsg. vom 23. Juni 1873 nebst norddeutschen Bundesgesetz vom 4. Juli 1868, abgedruckt bayr. Ges.-Bl. von 1873 S. 3 und 5 cf. bayr. Ges. und Ver.-Bl. von 1874 S. 2 bis 3) versteht sich von selbst, und wird in den Eingangs dieses Paragraphen allegirten Präjudizien ausdrücklich ausgesprochen.

Ebensosehr ist es einflußlos, wenn die beklagte Partei in der öffentlichen Verhandlung sich darauf stützt, daß bei den Frhl. von Thüngen keine sog. coinvestitura juris germanici (Gerber deut. Privatrecht § 116) sondern nur eine einfache Mitbelehnung nach gemeinem Longobardischem Lehenrechte vorliege; diese Unterscheidung hat nur Einfluß auf die getheilte oder ungetheilte (pro indiviso) gegebene Antheilsberechtigung der einzelnen Lehensinhaber unter sich. Hieraus folgt aber keineswegs, daß die einfache Mitbelehnung nicht gleichfalls eine genossenschaftliche Vereinigung sei; nicht blos die Gesammt- sondern jede Mitbelehnung vielmehr begründet nicht eine bloße römische societas, sondern eine nicht durch Willkühr der einzelnen ent-

stehende und aufzulösende deutschrechtliche Genossenschaft, deren Vereinigung Früchte beziehen und verklagt werden kann.

Der vorliegenden Klage gegen die Gesammtfamilie oder Lehensgenossenschaft der Frhl. von Thüngen könnte man auch nicht allenfalls den Einwand gegenüber stellen, diese für Nutzungen von Lehen geschaffene Genossenschaft sei lediglich zum Besitze von Lehen da, und könne deßhalb der Klägerin nie ein Exekutionsobjekt für ein Allod bieten, wie ein solches die Früchte der „gemeinen Waldungen" erscheinen; denn die Substanz der Lehen sei nicht haftbar für eine Allodialschuld; solche Schulden seien weder als Lehensschulden I. noch II. Gattung im Sinne des bayr. Lehensediktes vom 7. Juli 1808 § 149—162 zu betrachten, für welche eine Lehenssubstanz eintreten müsse.

Dieser Einwand wäre zunächst nur für die künftige thatsächliche Exekution, nicht für die wenn auch im Exekutionsstadium nachträglich zu entscheidende materielle Schuldfrage von Einfluß: ob eine Lehensgenossenschaft, welche als solche (neben den ihr gebührenden Lehensfrüchten) Früchte aus fremdem alloden Eigenthume rechtswidrig genossen nicht gleichmäßig wenigstens schuldig befunden werden kann, das rechtswidrig genossene fremde allodiale Eigenthum herauszugeben.

Abgesehen davon, daß die Unmöglichkeit einer Exekution das Bestehen dieser Schuldverbindlichkeit niemals alteriren kann, folgt auch aus dem Bestehen einer Lehensgenossenschaft und eines Lehensbesitzes nicht die Unvollstreckbarkeit einer allodialen Schuld; selbst dann, wenn die Vereinigung der Frhl. von Thüngen außer dem Lehen kein gemeinschaftliches Vermögen hätte, unterläge es keinem Zweifel, daß diese Genossenschaft, so lange sie ungelöst fortbesteht, wenn auch nicht mit der Lehenssubstanz, so doch wenigstens mit ihren Lehensfrüchten, welche selbst wieder allod sind, für Allodialschulden ihrer Lehensvereinigung einzutreten hätte.

Mit der bisher berührten Frage indessen, ob die beklagte Partei eine Genossenschaft nach Lehenrecht sei, welche bejaht wurde, ist die weitere hievon wohl zu scheidende Frage nicht zu verwechseln, welche nicht zu bejahen ist, ob die im vorliegenden Prozesse im Streit begriffenen Güter gemeinen Waldungen und Gerechtsamen deßhalb selbst als Lehensobjekt aufgefaßt werden wollten.

Die beklagte Lehensgenossenschaft der Frhl. von Thüngen hat zwar die „gemeinen Waldungen ꝛc." in ihre Lehenscommunio hineingezogen und dieselben als Lehen, als dominium utile und wie ihre Lehengüter genutzt, daraus folgt aber nicht, daß diese gemeinen Waldungen deßhalb wirkliche Lehengüter sind; im Gegentheil ist die letztere Frage zur Zeit wenigstens deßhalb geradezu zu verneinen, weil die Gemeinde Burgsinn, welche wegen dieser Güter gegen die Lehensgenossenschaft einen Besitzstreit angestrengt hatte, in diesem possessorium obgesiegt hat und der Gemeinde damit wenigstens der Besitz dieser Güter als eines freien allodialen Eigenthums zur Zeit ausdrücklich und insolange zuerkannt ist, bis die beklagte Partei das petitorium und die qualitas feudalis, welche derselben zu besonderer Prozeßführung vorbehalten ist, mit siegreichem Erfolge durchgeführt haben wird.

Darum ist zur Zeit an der Unterscheidung festzuhalten: Die beklagte Partei zwar ist eine Lehensvereinigung, die in dem Hauptstreite inbegriffenen Güter dagegen, um deren Nutzungen sich zur Zeit noch der Streit dreht, sind zur Zeit noch nicht als Lehen sondern als Allod zu betrachten.

§. 4.

Anreihend an die in § 3 berührte prinzipielle Vorfrage lösen sich nun die Voreinreden der Beklagten:

Ia) Die Einrede nach Art. 186 Abs. 2 Pr.-O., daß die Bezeichnung der beklagten Partei als Frhl. von Thüngen'sche Gutsherrschaft als eine derartige erscheine, daß man nicht wissen könne, wer denn eigentlich verklagt oder zur Prozeßführung befähigt sei. Diese wie schon bemerkt, allerdings nichtssagende Bezeichnung der beklagten Partei klärt sich zweifellos durch die Erläuterung der Klagspartei, es werde dieselbe Partei verklagt, welche im Vorprozesse in den Urtheilen von 1755 und 1846 unterlegen sei; die unterliegende Partei ist ferner wie bemerkt schon im Rubrum wie im Tenor des oberstrichterlichen Urtheils vom 5. Dezember 1846 als die Frhl. von Thüngen'sche Familie bezeichnet; diese aber ist nach der obigen Ausführung in § 3 die Familiengenossenschaft der Frhl. von Thüngen, welche an dem Besitze der Lehengüter Antheil nimmt.

b) Ebenso löst sich die weitere einfach privilegirte Prozeßeinrede der nicht ordnungsgemäß erfolgten Ladung gemäß Art. 186 Abs. 2 der Pr.-O.

Gemäß Art. 193 Ziff. 4 der Pr.-O. hat die Klagszustellung für Genossenschaften an deren Vorstände oder die mit der Vertretung der betreffenden Vereinigung beauftragten Mitglieder oder Beamten zu erfolgen; wer nun als diese Vertreter einer deutschrechtlichen Genossenschaft (auch einer nicht anerkannten) und damit der Beklagten aufzutreten habe, bestimmt sich zunächst nach deren Statuten. Bl. f. R. A. Bd. 39 S. 369.

Nun sind aber im gegebenen Falle weder die Familienstatuten der Frhl. von Thüngen bekannt, noch ist auch einem Dritten, welcher nicht selbst Mitglied dieser Genossenschaft ist, erfindbar, ob überhaupt Familienstatuten bezüglich der Vertretung vor Gericht bestehen; und es würde somit jeder Dritte, welcher einen noch so begründeten Rechtsanspruch gegen eine derartige Genossenschaft hat, völlig rechtlos gestellt sein, wenn von ihm gefordert würde, er müsse wissen, wie und ob diese Vertretung innerhalb der fortwährend wechselnden Vereinigung sich gestaltet habe; selbst wenn einmal ein Familienstatut über diese Vertretung bekannt geworden wäre, so könnte ein Prozeßgegner der Chikane einer solchen Genossenschaft Preis gegeben werden, dadurch daß dieselbe beim Auftauchen jedes neuen Prozesses immer wieder ihre frühere Vertretung ändern und der neuen Klage die neuerliche Einrede entgegenstellen würde, diese Vertretung sei seitdem wieder eine andere, auch die neue Klage sei deßhalb wieder unrichtig zugestellt; auch kann ein Dritter mit den bezüglichen Familienverhältnissen Unvertrauter kaum in der Lage sein, die sämmtlichen berechtigten Familienglieder, welche weithin zerstreut sein können, alle zu kennen, um diese alle beizuladen; es kann sogar die Antheilsberechtigung in Folge von Streit über die Lehenserbfolge, über legitime Geburt u. s. w. überhaupt ungewiß und unmöglich sein; in solchen Fällen könnte eine Klage legal sämmtlichen einzelnen Genossen der Familie vielleicht nie zugestellt und nie möglich werden. Für solche Fälle gibt der Art. 195 Abs. 1 der P.-O. eine Auskunft an die Hand, dahin, daß die Zustellung in dem Geschäftslokale desjenigen zu geschehen hat, an welchen sie zu bewirken ist, analog der Bestimm-

ung des Art. 196 der P.=O., wornach bei bloßen Privatpersonen die Zustellung legal auch an die bloßen Bediensteten des Beklagten erfolgen kann.

Die Familiengenossenschaft der Frhl. von Thüngen ist eine Vereinigung zu Vermögenserwerb und Vermögensgenuß, soweit ein Familienvermögen gemeinschaftlich vorhanden oder genossen worden ist; die Geschäfte dieser Vermögensbeziehungen besorgt deren Verwaltung.

Nun ist es Thatsache — und die sämmtlichen von der Frhl. von Thüngen'schen Familie vorgelegten Rechnungen ergeben, daß die gemeinschaftliche Vermögensverwaltung beider von Thüngen'schen Linien gerade bezüglich der Güter, welche jetzt der Gemeinde Burgsinn zugesprochen sind — durch die Frhl. von Thüngen beider Linien in Burgsinn erfolgte.

Es ist also die von Thüngen'sche Verwaltung und das Lokal dieser Verwaltung in Burgsinn pendente lite schon das Geschäftslokal gewesen, in welchem gerade die Geschäfte der auf den jetzt strittigen Vermögensgenuß gerichteten Genossenschaft (entweder durch Vorstände oder durch Vertreter oder durch Beschlüsse aller einzelnen Mitglieder) besorgt wurden, und die Klagezustellung konnte, wie am 28. Juni 1872 zugestandenermaßen geschehen, in aller Form Rechtens an den Rentenverwalter Hartwig in Burgsinn erfolgen.

Zwar wurde die Klageschrift, welche dem genannten Verwalter am 28. Juni 1872 zugestellt wurde, demselben Namens der Andreas=schen Linie zugestellt.

Allein diese unrichtige Bezeichnung ist nach dem Grundsatze:

falsa demonstratio non nocet

deßhalb unschädlich, weil in der Zustellungsurkunde selbst sowie in dem Rubrum der Klageschrift ausdrücklich erklärt ist und hieraus sofort ersehen werden mußte, daß die Lutz'sche Linie ausdrücklich mitverklagt sei.

Ueberdies hat auch die Vertretung der beklagten Partei in der öffentlichen Verhandlung vom 27. Oktober 1875 erklärt, daß sie sämmtliche Lehensbesitzer vertrete.

Auch der Umstand, daß außerdem mehrere Geschäftslokale, Verwaltungen oder Bedienstete derselben Familie bestehen mögen, hindert

die Zustellung nur an eines oder einen derselben nicht, weil Art. 195 P.-O. nur von einem Geschäftslokale spricht, ebensowenig das Bestehen mehrerer Wohnsitze das Forum eines einzelnen Wohnsitzes zu einem competenten gestalten würde.

Man kann auch in Folge der fortbestehenden Litispendenz nicht mit rechtlichem Grunde einwenden, die Frhl. von Thüngen Lutz'scher Linie hätten zur Zeit in Burgsinn kein Geschäftslokal mehr. Die von den Frhl. von Thüngen selbst vorgelegten Rechnungen ergeben, daß beide Linien die Nutzungen „der gemeinen Waldungen" bis zu deren Sequestration im Jahre 1848 in Burgsinn unter gemeinschaftlicher Verwaltung zogen.

Es ginge nicht an, daß diese beiden Linien, welche als eine Vereinigung unter gemeinschaftlicher Verwaltung während des Laufes des Prozesses und so lange noch auftraten, als aus dem fremden Gutscomplexe Nutzungen zu ziehen waren, jetzt, nachdem es sich um Ersatz des Interesse hieraus handelt, auf einmal erklären, es bestehe keinerlei Gemeinschaft unter ihnen mehr, dieselbe Verwaltung, dasselbe Geschäftslokal sei im Verlaufe desselben Prozesses nicht mehr als für beide maßgebend zu erachten.

Hiegegen stritte schon der Grundsatz: pendente lite nil innovandum, welche rechtliche Folge die Litispendenz gemäß Art. 23 des Einf.-Ges. z. P.-O. von 1869 als wohlerworbenes Recht fortwirkt, wenn auch nach dem neuen Prozesse die Exekution als besonderes Prozeßstadium zu erachten ist.

Zwar soll nach Art. 193 Ziff. 4 der P.-O. dem Vorstand oder dem Vertreter zugestellt werden; aus dem Umstande aber, daß schon dieses minus genügt, folgt nach dem Grundsatze der L. 110 digest R. J. 50, 17: in eo, quod plus sit, semper inest et minus von selbst, daß auch die Zustellung an die ganze Genossenschaft damit keineswegs ausgeschlossen werden wollte. Da die Klage gegen die ganze Frhl. von Thüngen'sche Gutsherrschaft, d. i. die Gesammtfamilie gerichtet und unter dieser Adresse in deren Geschäftslokale dem Verwalter zugestellt ist, folgt nicht nur, daß dieselbe Klage damit nicht nur dem etwaigen Vorstande oder Vertreter, sondern weit mehr, nämlich daß dieselbe der Gesammtfamilie oder allen einzelnen Antheilbe-

rechtigten Familiengliedern zugestellt ist und auch dann zugestellt ist, wenn kein Vorstand oder Vertreter bestünde oder bekannt ist.

Eine Zustellung an einzelne Familienglieder ist aus diesem Grunde überhaupt nicht geboten.

Ist dieselbe aber dennoch an Einzelne erfolgt, oder sind einzelne Personen vor der Verhandlung überdieß zum Streite beigeladen, so daß die Rechtskraft dieses Urtheils in Folge dieser Beiladung zufolge Art. 294 P.-O. auch auf diese sich erstreckt, so kann dieser Umstand nur die weitere Wirkung äußern, daß dieselben nur umsomehr und aus einem doppelten Grunde neben der durch die Klagezustellung im Geschäftslokale geladenen Genossenschaft der Frhl. von Thüngen und neben dem Familien- und Lehensvermögen nun auch für ihre Person d. i. mit ihrem Allodialvermögen haften, nachdem ohnehin schon eine solche Haftung gesetzlich einzutreten hatte, da schon oben (§ 3) ausgeführt wurde, daß die verklagte Vereinigung schon zugleich die einzelnen in ihr begriffenen Privatpersonen zu repräsentiren habe, wie in Bl. f. R. A. Bd. 39 S. 20 sowie selbst in dem oberstrichterlichen Urtheile in diesem Prozesse von 1846 analog ausgesprochen sei.

Dem Ausgeführten zufolge war auf den Umstand, daß durch die Klagspartei seit der Klagszustellung auch die noch nicht geladenen Familienglieder soweit möglich besonders zum Streit beigeladen wurden, als unerheblich keine weitere Rücksicht zu nehmen, nachdem alle diese auch ohne spezielle Beiladung materiell haften und zu verurtheilen sind, soweit der Streit sich gegen sie seit 1716, welcher ausgesprochenermassen nicht durch Verjährung unterbrochen ist, perpetuirt.

Zugleich war, weil die Zustellung im Geschäftslokale diejenige ist, welche der ganzen Lehensgenossenschaft der Frhl. von Thüngen'schen Gesammtfamilie wie der Einzelnen maßgibt, der Tag der Zustellung an diesem Orte nämlich der 28. Juni 1872 als der für alle maßgebende Zustellungstag zu erachten, von welchem an nun auch die Litispendenz des Liquidations-Prozesses sowohl gegenüber der Vereinigung als den in ihr begriffenen einzelnen Genossen beginnt.

Deßhalb war unter Verwerfung dieser Voreinrede die beklagte Frhl. von Thüngen'sche Familie für schuldig zu befinden, sich auf den Streit einzulassen. Eines besonderen Ausspruches dieser Pflicht der Streiteinlassung im Tenor bedarf es nicht, da nur die Verwerfung

einer gerichtsablehnenden Einrede, welche hier nicht vorliegt, die Rechtsfolge der Appellabilität nach sich zieht, nicht die Verwerfung aller übrigen Prozeßeinreden Art. 187 P.-O. Barth. Comm. hiez. S. 483—484.

Für den Fall der Verwerfung dieser Voreinrede wurde die Vertretung der beklagten Partei, wie bereits bemerkt, schon in öffentlicher Verhandlung vom Gestrigen zur bestimmten Erklärung aufgefordert, ob dieselbe die sämmtlichen jetzigen Lehensbesitzer der Frhl. von Thüngen zu vertreten in der Lage sei, deren Vereinigung eben jetzt die Genossenschaft repräsentirt, da im entgegengesetzten Falle lediglich die wirklich beigeladenen Personen und Streitgenossen gemäß Art. 64 P.-O. für ihre Person d. i. bezüglich ihres Allodialvermögens im Prozesse auftretend hätten erachtet werden können, während gegen die übrigen einzelnen sowie gegen die etwa unvertretene Genossenschaft oder Gesammtheit Versäumnißurtheil zu nehmen gewesen wäre.

Diese Frage wurde von der beklagtischen Vertretung bejaht, damit erscheint der vorliegende Prozeß, ohne daß es einer weiteren Beiladung gemäß Art. 65 Abs. 2 der P.-O. bezüglich etwa neu auftauchender Lehensbesitzer oder Nutznießer bedarf, contradiktorisch sowohl gegen die Lehensberechtigte Vereinigung der Gesammtfamilie der Frhl. von Thüngen oder deren Genossenschaft, als gegen die einzelnen Personen, welche zugleich dieser Vereinigung angehören, bezüglich ihres Allodialvermögens nach Maßgabe der weiter unten ausgeführten Antheilsverpflichtung fixirt.

§ 5.

Aus dem soeben erörterten ergibt sich die Einflußlosigkeit

II. der beklagtischen Einrede der fehlenden Passivlegitimation, weil die Klage auf Restitution der Nutzungen aus den Gemeinde-Waldungen nicht gegen die jetztlebenden Frhl. von Thüngen gestellt werden könne. Es haftet wie gezeigt:

1) Die seit der Litispendenz von 1716 fortwährend bestehende Genossenschaft der Gesammtfamilie der Frhl. von Thüngen, welche an dem Genusse der den Markgrafen von Brandenburg dargebotenen Lehen Antheil haben, einfach deßhalb, weil diese Vereinigung die dem Besitze der Gemeinde Burgsinn widerrechtlich entzogenen ge-

meinen Waldungen als Vereinigung an sich genommen und genutzt hat.

Würde allerdings die Genossenschaft oder die Verwaltung der Lehensberechtigten Gesammtfamilie sich nicht in die Perception der Früchte aus den gemeinen Waldungen rc. eingemischt und diese Früchte nicht qua genossenschaftliche Vereinigung bezogen haben, würde also z. B. die Gemeinde Burgsinn selbst diese Früchte ohne Betheiligung der Verwaltung der Gesammtfamilie nur an einzelne Frhl. von Thüngen abgeliefert haben, so würde die Genossenschaft der Gesammtfamilie mit ihrem Gesammtfamilienvermögen in keiner Weise haften; denn die vorliegende Klage ist eine dingliche Klage auf Ersatz von Früchten, welche nur gegen die possessores oder wirklichen Percipienten dieser Früchte auf Restitution in Natura, oder weil dies nicht mehr möglich ist, auf Prästation des Interesse gerichtet werden kann.

Nun haben aber nicht die Einzelnen der Frhl. von Thüngen die Früchte der „gemeinen Waldungen" als Einzelne bezogen, sondern gerade der Inhalt der Klage ergibt, daß in derselben nur die Früchte restituirt verlangt werden, welche inhaltlich der von der Gesammtfamilie selbst extradirten Rechnungen von der Gesammtfamiliengenossenschaft wirklich percipirt wurden, und deren Erlös in Rechnungen der Gesammtfamilie beider Linien in Einnahme gesetzt worden ist.

Soweit dieß der Fall, soweit die gesammte Genossenschaft als solche die Früchte sich rechtswidrig zugeeignet, war eben auch sie nicht befugt, die Früchte an Jemand anderes als an die berechtigte Gemeinde wieder hinauszugeben oder zu veräußern; hat sie dieselben nicht an die Gemeinde veräußert, sondern den Erlös entweder admassirt oder an ihre einzelnen Familienglieder hinausgegeben, so haftet sie mit ihrem Gesammtfamilienvermögen, soweit ein Ersatz für Früchte gesetzlich einzutreten hat, soweit das Gesammtvermögen der Familie reicht, eine Haftung zuläßt, und solange die betreffende Genossenschaft als Vereinigung fortbesteht.

Dieser Haftpflicht würde die von Thüngen'sche Gesammtfamilie selbst dann schon unterliegen, wenn sie nur als societas nach römischen Rechtsbegriffen aufzufassen wäre und als solche fortbestünde; auch

eine auf Vermögenserwerb gerichtete societas hat das, was sie von fremden Vermögen, Früchten 2c. percipirt hat, aus ihrem Gesellschaftsvermögen (neben dem Sondervermögen der einzelnen Gesellschafter) selbstverständlich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu restituiren; die gleiche Folge tritt gegenüber einer Gesellschaft des deutschen Rechtes ein.

2) Es haften ferner schon nach den Grundsätzen der römischen societas außer mit dem Gesellschaftsvermögen cumulative für die Restitution der Früchte auch die einzelnen Familienglieder der Frhl. von Thüngen mit ihrem Allodialvermögen, wenn auch nur für die Zeit, innerhalb welcher sie der Vereinigung, welche ungerechtfertigter Weise sich in den Besitz der Früchte des Gemeindewaldes gesetzt, angehört haben, weil diese aus dem römischen Rechte stammende Haftpflicht mit dem Austritt oder dem Tode der socii sich aufhebt.

Puchta Pand. § 372.

Da an den Lehennutzungen alle männlichen Familienglieder der Frhl. von Thüngen Antheilsberechtigt erscheinen, so erscheinen unter dieser Beschränkung nur die Frhl. von Thüngen männlicher Linie einzeln haftbar.

3) Weiter haften die Allodialerben der unter 2 genannten einzelnen Familienglieder als Singularsuccessoren nach den allgemeinen Grundsätzen mit ihrem Allode, wobei zu bemerken, daß sich nach der seit 1716 bestehenden Litispendenz und rechtskräftigen Verurtheilung auch alle civilrechtlichen Ausnahmen von dem passiven Uebergange der Klagen auf die Erben, welche etwa geltend gemacht werden können, heben.

Puchta Pand. § 88 am Ende § 96, b.

Unter diesen Allodialerben derjenigen männlichen Herrn von Thüngen, welche Nutzungen bezogen haben, haften materiell zwar sowohl die männlichen als weiblichen Allodialerben; von diesen können aber hier nur die männlichen in diesem Prozesse formell als mitbelangt erachtet werden, weil hier neben der Gesammtheit der Genossenschaft nur die einzelnen männlichen Lehenträger mitverklagt erscheinen (§ 3 oben) während die Klage gegen die weiblichen Erben solcher Lehensträger einer besonderen Klagestellung vorzubehalten war.

Obgleich also auch die weiblichen Allodialerben materiell mithaften würden, Puchta Pand. §. 88 N. d, so müßten doch diese speziell eine Klagezustellung oder Beiladung zu diesem Prozesse erhalten haben, wenn sie schon jetzt mitverurtheilt werden sollten, abgesehen davon, daß diesen gegenüber die Frage der 40jährigen Klageverjährung (Puchta P. §. 96 b) besonders auszutragen wäre.

4) Endlich würden Beklagte, wie sich Klagpartei neuerdings zum Beweise erboten, als Universalsuccessoren der Lehensbesitzer seit 1716 haften können; nur war hiebei jetzt schon hervorzuheben, daß eine solche Universalsuccession aus der von der Klägerin allegirten Stelle:

Roth bayr. Civilr. §. 206, Thl. II. S. 525

wornach der Prozeß eines Lehensmannes sowohl den Lehensherrn als die Lehenssuccessoren verbindet, um deßwillen nicht gefolgert werden kann, weil diese Regel sich nur auf Prozesse über Lehen bezieht, während die hier Streitgegenstand bildenden gemeinen Waldungen und Nutzungen nicht als Lehen z. B. zu betrachten sind.

Mit der bisher ausgeführten Beschränkung beseitigt sich der Einwand der Beklagten, daß die Rechtskraft der Urtheile von 1755 und 1846 sich nur auf die damals im Streite begriffenen Herrn von Thüngen erstrecken könne, da die seit 1716 unverändert fortbestehende Genossenschaft dieser Gesammtfamilie (analog einer juristischen Person) neben den einzelnen jeweiligen männlichen Lehensnutznießern als Prozeßpartei erscheint.

Gleichzeitig erscheint auch der Einwand der Frhl. von Thüngen ein unbegründeter, daß die vorliegende Klage auf Restitution der Früchte aus den Gemeindewaldungen eventuell auf Prästation des Interesse nur eine persönliche sei, wenn auch frühere Entscheidungsgründe diese Annahmen theilen.

Diese Klage ist eine dingliche Klage, welche sowohl dem Eigenthümer als dem possessor zusteht; denn auch der possessor hat auf Restitution der Früchte eine Klage, welche sogar über die Verjährungszeit der Interdikte hinausgeht.

l. 52. Dg. de aquir. vel amitt. poss. 41, 2 — nec possessio et proprietas misceri debet — neque alterius fructus computari, si alter possideat; l. 4 Dg. de interdictis. 43, 1: ex quibus

causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit post annum judicium dandum Sabinus respondet. Vgl. Bruns Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts, Weimar 1874.

Nur soviel ist diesem Einwande zuzugestehen, daß sich die Restitution der Früchte nach anderen Grundsätzen richtet, als die Restitution der Substanz der von den Frhl. von Thüngen unrechtmäßig besessenen gemeinen Waldungen, wie denn auch die vorliegende Klage auf Restitution der Früchte sich theilweise ungegründet zeigen wird, obgleich die Restitutionspflicht der Substanz der Gemeindewälder außer Zweifel steht, z. B. bezüglich der Nutzungen vor 1716, welche abzuweisen waren, obgleich die Substanz zu restituiren war; was aber das weitere Vorbringen der Herrn von Thüngen betrifft, daß die Klage (auf Ersatz des Schadens wenigstens) eine persönliche sei, deren Rechtskraft sich nur auf bestimmte Personen erstrecke, so ist dem gegenüber zu erwähnen, daß ein Schadensersatz, abgesehen von dem eventuellen Interesse, in der gegenwärtigen Klage thatsächlich nicht verlangt ist, obgleich die Klagspartei selbst irrthümlich in ihrer Klage zugleich Schaden ersetzt verlangt; denn die Klage verlangt nur:

1) Nutzungen des gemeinen Waldes von 1699—1846/47 und

2) 2550 fl. vergleichsmäßiges Interesse für an die Frhl. von Thüngen nach Exekutionsvollzug vom 8. Juli 1699 zu restituirende Früchte; erstere Forderung ist nur eine dingliche Klage auf Restitution von Früchten oder auf das Interesse gerichtet, auf welches jede dingliche Klage sich eventuell richtet, nicht eine persönliche Aquilische Schadensersatzklage, und selbst wenn die letztere Klage zu 2550 fl. deßhalb als persönliche qualifizirt werden könnte, weil dieselbe auf einem Vergleiche basirt, so ist dagegen zu bemerken, daß diese zweite Klage ohnehin eine Abweisung erleiden wird, so daß aus ihr keinerlei Einwand abgeleitet werden kann; es kann also aus einer vermeintlichen persönlichen Natur des Klagsanspruches auch nicht der Einwand hergeleitet werden, daß objektiv nur das zu ersetzen sei, was die minorennen Söhne des im Urtheil von 1755 erwähnten Philipp Adam von Thüngen an Waldnutzungen entzogen, und daß subjektiv nur diese oder ihre Erben verpflichtet seien, abgesehen davon, daß dieser Einwand schon durch die oben angeführten Gründe widerlegt

ist. Deßhalb ist auch die weitere Annahme ungegründet, die Klage basire sich blos auf den Ausspruch im Urtheile von 1755; dieselbe basirt vielmehr darauf, daß die Frhl. von Thüngen als Genossenschaft und als einzelne von dem Besitzthum der Gemeinde fortwährend die Früchte rechtswidrig bezogen haben, und deßhalb dinglich haften; überdies erscheint auch der jetzige Prozeß noch fortwährend als Fortsetzung des Prozesses, über welchen das Reichskammergericht im Jahre 1755 Urtheil erlassen hat, wie gelegentlich der Entscheidung der Verjährungsfrage in den vorausgehenden Urtheilen von 1841 bis 1846 mehrfach ausgesprochen wurde.

§ 6.

2) Aus dem gleichen Grunde folgt, daß die Frhl. von Thüngen nicht auf Grund der Lehenserbfolge belangt worden, sondern es werden zwar die Lehensfolger als Gesammtfamilie wie als Einzelne aber nur deßhalb haftbar, weil sie sich den Genuß allodialer Früchte angemaßt, ohne daß hiebei ihre Lehensberechtigung (an Stelle der Nutzung) den Rechtstitel zur Restitution bietet. Daß die, welche unberechtigte Früchte percipirten, gerade Lehensfolger waren, ist ein unwesentlicher zufälliger Umstand.

Daß das appellationsgerichtliche Urtheil vom 5. Oktober 1842 in § 5 (Bd. 69 fol. 219—223) einer anderweitigen Anschauung beizupflichten scheint, ist deßhalb nicht von maßgebendem Einfluß, weil dieser Ausspruch durch das oberstrichterliche Urtheil vom 5. Dezember 1846 § 20 bezüglich der Legitimation der Klagspartei und § 71 bezüglich der Passivlegitimation der Frhl. von Thüngen (Bd. 71. b. fol. 222, 329, 338 und 338 verso) wieder aufgehoben und die bezügliche Entscheidung vollständig dem Exekutionsverfahren, also dem jetzt zu erlassenden Urtheile, vorbehalten wurde.

Auch das weitere oberstrichterliche Urtheil vom 5. Dezember 1846 (Bd. 71, b fol. 344) hat dem Umstande, daß die vier Söhne des im Urtheile von 1755 genannten Frhl. Karl von Thüngen nicht dessen Allodialerben geworden seien, nur „etwa" Einfluß bezüglich deren Verbindlichkeit zum Ersatze von Nutzungen und Schäden zugestanden, ohne somit hiedurch bestimmt auszusprechen, daß dieß wirklich und in wieweit dieß der Fall sein solle oder müsse. Uebrigens

ergibt sich auch aus dem Tenor des vorliegenden Urtheils A. 2 bis 4, daß und welchen Einfluß die Theilnahme der einzelnen Frhl. von Thüngen an den Nutzungen der Gemeindewaldungen hat.

§ 7.

3) Der beklagtische Einwand, daß die Lutz'sche Linie gar nicht durch das Urtheil von 1755 betroffen sei, umgeht schon die Thatsache, daß in diesem Urtheile neben dem weiland Philipp Adam auch des weiland Johann Carl von Thüngen Erwähnung geschieht, welcher der Lutz-schen Linie angehört und welcher diese Linie repräsentirt, ohne daß es zufolge der Ausführungen zu § 3 und 5 einer Allodialbeerbung desselben bedarf. Diesem Einwand steht jetzt zugleich aber auch die Rechtskraft des oberstrichterlichen Urtheils vom 5. Dezember 1846 (Bd. 71, b fol. 179) entgegen, in dessen Rubrum die Frhl. von Thüngen'sche Familie Andreas'scher und Lutz'scher Linie ausdrücklich als Partei bezeichnet und in dessen Tenor Ziff. II der Ausspruch rechtskräftig reproduzirt ist, daß „II die Frhl. von Thüngen'sche Familie Lutz'scher Linie als mit jener Andreas'scher Linie gemeinschaftliche Sache machend anzusehen sei."

Diesem rechtskräftigen Ausspruche gegenüber erscheint auch das neuere eventuelle Vorbringen der beklagtischen Partei unbehelflich, daß die jetzige Lutz'sche Linie erst 1723 in den Besitz der Lehensfrüchte gelangte; diese Einrede ist vor Allem dadurch, daß sie erst nach der rechtskräftigen Verurtheilung neu vorgeschützt wird, sowohl nach früherem als jetzigem Prozesse jetzt während des Exekutionsstadiums ausgeschlossen.

Dieselbe wäre aber auch z. Z. wenigstens ohne Interesse, weil vor 1723 keine Rückerstattung von Nutzungen z. Z. liquidirt werden, sondern nur die Einnahmen, welche sich aus den edirten Rechnungen seit 1724|25 ergeben, im Liquidationsprozesse zum Beweise zugelassen erscheinen.

Ueberdies ergeben, wie schon bemerkt, die von den Frhl. von Thüngen selbst vorgelegten Rechnungen, daß beide Linien die Nutzungen der gemeinen Waldungen bis zu deren Sequestration im Jahre 1848 (im Jahre 1848) in Burgsinn unter gemeinschaftlicher Verwaltung zogen. Da nun hier eine dingliche Klage auf Restitution der

Früchte vorliegt, so haben diese beiden Linien, welche als eine Vereinigung unter gemeinschaftlicher Verwaltung die Früchte zogen, solange aus dem fremden Gutskomplexe Nutzungen zu ziehen waren, jetzt für den Ersatz des Interesse einzustehen.

4) Noch weiter geht die Deduktion der beklagten Partei, wenn sie die Rechtskraft der Vorprozesse von 1755 und 1846 zum Schadensersatz im jetzigen Exekutionsstadium auch nicht gegen die Andreas'sche Linie gelten lassen will, weil das Urtheil von 1755 materiell unrichtig ist. Dieser Einwand bedarf in Folge der Rechtskraft keiner weiteren Widerlegung.

§ 8.

5) Gegründeter erscheint die Deduktion der beklagten Frhl. von Thüngen, daß sie die eingeklagten Nutzungen nicht schon vom Jahre 1699 an zu restituiren verpflichtet seien, in welchem Jahre sie zufolge Judikats in den Besitz der Gemeindewaldungen gesetzt wurden, sondern erst vom Jahre 1716 an, in welchem Jahre das Restitutionsgesuch der Gemeinde zugestellt wurde und von wo an erst der Eintritt der mala fides nach positiven Bestimmungen erfolgte.

Darin irrt nämlich die klagende Gemeinde, daß sie durch das Urtheil von 1755 in alle Nutzungen seit 1693 verurtheilt wurde; das Reichskammergerichtliche Urtheil (Bd. 41 fol. 1026) nämlich setzt sie zwar in all' dasjenige wieder ein, was sie „durch Urtheil und Recht vorhin erhalten, worin sie vormals gesetzt oder wobei sie geschützet worden, und darin bis ad annum 1693 verblieben;" schon der Umstand aber, daß die Nutzungen von der klagenden Gemeinde erst nach dem Jahre 1693 beansprucht werden, ergibt, daß diese in der Restitution dessen, worin sie bis ad 1693 verblieben, nicht inbegriffen sein konnten; und weil ferner die Gemeinde bis 1693 die Gemeindewaldungen selbst nutzte, so folgt weiter von selbst, daß mit diesem Ausspruche überhaupt keine Nutzungen sondern nur die Substanz von Gütern, Gerechtsamen u. s. w. restituirt wurde.

Bezüglich der Nutzungen aber verfügt ein folgender besonderer Satz: „Klägern auch allen Nutzen, welchen sie aus all- obbesagten Gütern und Gerechtsamen genossen, weniger nicht allen Schaden &c. zu ersetzen schuldig &c."

Hiebei läßt es auch das oberstrichterliche Urtheil vom 5. Dezember 1846 (Bd. 71 b fol. 180) ohne daran etwas zu ändern, einfach bewenden.

Aus diesem Ausspruche ergibt sich, daß bezüglich des Zeitpunktes, von wann an der Ersatz der Nutzungen seitens der Klägerin beansprucht werden kann, durch die bisherigen Urtheile eine Entscheidung noch nicht getroffen ist, und daß dieser Zeitpunkt erst jetzt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu bestimmen ist.

Ist dies der Fall, so kann der Klagspartei vor der Litispendenz von 1716 ein Anspruch auf Nutzungen nicht zugestanden werden. Denn die Nutzung vor dieser Zeit seit 1693 erfolgte auf Grund der Litispendenz in Folge des clausulirten Mandats vom 14. Oktober 1692 auf Grund der Definitivsentenz vom 7. Juli 1697 (Bd. 27 fol. 41 ver., abgedruckt Bd. 50 S. 50), zufolge deren die Frhl. von Thüngen allerdings nur in die Güter der geächteten Familienglieder wieder eingesetzt werden sollten, welche Sentenz aber dennoch durch die Exekutions-Kommission (den Churfürsten zu Württemberg und den Bischof von Constanz Bd. 35 fol. 851, 865 ver.) vollzogen wurde, so daß der Erfolg, daß mit den Gütern der Geächteten die diesen nicht gehörigen Gemeindewaldungen exekutionsweise an die Frhl. von Thüngen, wenn auch in Pausch und Bogen, extradirt wurden, als eine Thätigkeit des Vollzugs-Organes des Reichskammergerichts erscheint; endlich auf Grund eines in Ziff. 17 Abs. 2 des Exekutionsvollzuges vom 8. Juli 1699 (Bd. 35 fol. 870—71) constatirten Vergleiches, welcher die Gemeinde verpflichtete, zur Erstattung der Nutzungen aus den nach Urtheil vom 7. Juli 1697 zu restituirenden Gütern der Aechter die Summe von 1700 Reichsthaler à 1 fl. 30 kr. rh. zu zahlen.

Dieser Vergleich wurde bereits im oberstrichterlichen Urtheile vom 5. Dezember 1846 § 8 lit. d (Bd. 71, b, fol. 197 ver.) zwar als verbindlicher Vergleich anerkannt; vor allem kann aber die letztere Nutzungsentschädigung nicht zurückgefordert werden, weil sie zufolge Vergleichs vom 8. Juli 1699 nur für die Nutzung der Güter der Aechter seit der Kriegsbefestigung, welche Güter den Frhl. von Thüngen wirklich zustanden, nicht für die Nutzungen der Gemeindewaldungen gewährt werden wollte;

der Umstand, daß mit diesen wirklichen Lehensgütern Gemeindegüter extradirt wurden, ist deßhalb für die Verpflichtung, diese Vergleichssumme zu zahlen, gänzlich einflußlos, und es besteht in der That kein Grund, diese justa causa gezahlte Schuld zurückzufordern.

Aber auch dafür, daß die übrigen Nutzungen seit 1699 von den Freiherrn von Thüngen mala fide gezogen wurden, ist keinerlei Anhaltspunkt gegeben, weil die Achterklärung schon am 21. November 1626 (Bd. 35 fol. 857 ver.) erfolgte, die Lehenserben der Geächteten am Ende desselben Jahrhunderts nach so geraumer Zeit bei einer Extradition in Pausch und Bogen nicht unbedingt wissen mußten, daß sie fremde Güter an sich gezogen, und weil bei einer, wenn auch nur pauschalen Ueberweisung immerhin zufolge des Grundsatzes der l. 11 D. de acqu. vel. am. poss. 41, 2: juste possidet, qui autore praetore possidet die unter obrigkeitlicher Autorität erwirkte possessio gerechtfertigt erscheint, solange diese possessio nicht im Rechtswege zurückerstritten wird.

Sind die Herrn von Thüngen aber insolange nicht erweislich malae, sondern, wie zu präsumiren, bonae fidei possessores, so sind sie zur Herausgabe der damals von 1699 bis 1716 aus den streitigen Waldungen bezogenen Früchte nur dann verpflichtet, wenn sie (in natura) noch vorhanden sind; und daß solche Holzerträgnisse vor 1716 jetzt nicht mehr vorhanden sondern consumirt sind, bedarf keines Beweises. — Auch eine condictio possessionis wäre hier nicht denkbar, weil die possessio nicht sine causa war.

Bruns, die Besitzklagen des römischen und des heutigen Rechts. 1874 § 16 S. 187.

Diese Nutzungen sind in Folge Nichtauffindens weiterer Rechnungen inhaltlich der Klagezusammenstellung eingeklagt pro 1699 bis 1710/11, und ergeben die Summe von 2390 fl. 6¹/₅ kr., woran das pro 1710/11 sich ergebende Deficit mit 5 fl. 47 kr. abzurechnen ist, weil dasselbe auch von der Klagspartei abgerechnet erscheint; die hienach weiter abzuweisende Summe beträgt daher 2374 fl. 19¹/₄ kr.

§ 9.

6) Anders bezüglich der Früchte der Waldungen, welche die Frhl. von Thüngen seit der Litispendenz von 1716 gezogen.

Am 23. September 1716 reichte nämlich der bevollmächtigte Reichskammergerichtsadvokat Obrist eine Imploration pro restitutione in integrum gegen die Sentenz vom 7. Juli 1697 und eine weitere vom 4. Dezember 1713 ein; (Bd. 29 B. f. 190—215 V. u. 188, welche unter dem nämlichen Datum zu den Akten Thüngen-Burgsinn Bd. 27 Fol. 63 registrirt ist.) In Folge dieser Imploration wurde die Litispendenz des Restitutionsprozesses begründet, welcher mit dem Reichskammergerichts-Urtheil von 1755 rechtskräftig beschieden wurde. Zwar ist weder in den Angaben der Parteien der Tag allegirt, noch bei der Unvollständigkeit der überlieferten Akten aus den letzteren der Tag ersichtlich, an welchem diese Imploration der Gegenpartei bekannt gegeben wurde; allein die Beklagten Herrn von Thüngen geben selbst zu, daß die Litispendenz noch im Jahre 1716 eintrat.

Daß von dieser Litispendenz an selbst der frühere bonae fidei possessor als malae fidei possessor erscheint, und deßhalb alle fructus sowohl die percepti als selbst die percipiendi zu erstatten hat, unterliegt keinem Zweifel. l. 22 Cod. 3, 32; l. 25 §. 7 D. de hered. pet. 5, 3: post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse.

6) Wenn aber die possessio der Waldnutzungen durch die Freiherrn von Thüngen seit der Litispendenz von 1716 schon eine malae fidei possessio war, so folgt, daß dieselbe possessio nach dem Judikate des Reichskammergerichts von 1755, welches die Frhl. von Thüngen zur Restitution dieser Früchte definitiv verurtheilt, offenbar noch mit weit mehr Grund als eine malae fidei possessio erachtet werden muß, weil das Judikat nun die mala fides als definitiv feststehend erklärt, welche die Litispendenz für das künftige Urtheil einstweilen einführt, und bedarf die gegentheilige Ausführung der Frhl. von Thüngen keiner weiteren Widerlegung.

Die Einmischung petitorischer Gründe durch dieselben erweist sich im vorliegenden Exekutionsstadium unzulässig, und fällt unter die rechtskräftige Entscheidung von 1755 und 1846, welche das petitorium zu gesonderter Austragung verweisen. Auch ist es feststehender Rechtsgrundsatz, gegenüber welchem ein etwaiger Rechtsirrthum nicht in Frage käme, daß da, wo ein Theil das Eigenthum der andere die possessio beansprucht, die Früchte stets dem possessor zugehören;

l. 52 D. de aquir. vel amitt. poss. 41, 2: nec possessio et proprietas misceri debent — neque alterius fructus computari, si alter possideat.

Der Umstand, daß nach dem Erlasse des Reichskammergericht-Urtheils von 1755 auf ein sofortiges neuerliches Restitutionsgesuch der Frhl. von Thüngen vom Jahre 1756 durch eine weitere Sentenz des Reichskammergerichtes vom 23. März exped. 1. April 1757 bis zur Entscheidung dieses Restitutionsgesuches alles in statu quo wie vor dem Urtheile von 1755 belassen und der Gemeinde aufgegeben wurde den Frhl. von Thüngen bei dem forstmäßigen Gebrauch des Waldes nicht hinderlich zu sein,

Bd. 27, fol. 90 v. — 91 v.

ändert an der malae fidei possessio der Frhl. von Thüngen nichts, weil damit lediglich deren Restitutionsgesuch Suspensiveffekt verliehen und ein Provisorium geschaffen die bereits bestandene Litispendenz und mala fides aber nicht aufgehoben wurde, und weil jetzt erst durch das oberstrichterliche Definitivurtheil vom 5. Dezember 1846 die Frage entschieden erscheint, daß das Restitutionsgesuch der Frhl. von Thüngen ein ungegründetes war, dieselben sich also nach wie vor in unrechtmäßigem Besitze befunden hatten.

Nicht mehr als ein derartiges Provisorium ergeben auch die späteren Prozeßschriften, insbesondere die Sentenz vom 8. Januar exped. 19. Februar 1759, worin in Folge Zugeständnisses Seitens der Frhl. von Thüngen der Gemeinde Burgsinn wenigstens provisorisch das jus lignandi eingeräumt wurde.

Bd. 27 f. 95 v. 97

und es ist unrichtig, wenn Beklagte annehmen, es sei mit diesen Provisorien der Besitzstand von 1697 wieder eingeführt worden, da inzwischen im Jahre 1757 sowohl neuere Litispendenz eintrat als die frühere Litispendenz vor dem Urtheile von 1755 continuirt wurde.

Somit begründet seit 1716—1755 und von 1757—1846 die Litispendenz, in den übrigen Zwischenjahren seit 1755 aber überdieß die rechtskräftige Verurtheilung die mala fides der Frhl. von Thüngen.

7) Die oben allegirte mala fides in Folge Litispendenz erscheint

a) nicht blos bei dem Eigenthumsstreite begründet, sondern

gestaltet sich vermöge juristischer Abstraktion und zufolge der Praxis
art. 179 Pr.=O. v. 1869
Bayer. Civ.=Pr. 7. Aufl. S. 317—318.
zu einer ausnahmslosen Regel für alle dinglichen Klagen; daß aber eine dingliche Klage auf Restitution der Früchte hier vorliege, keine persönliche, wurde schon oben § 5. 2 erwähnt.

b) Die Voraussetzung der l. 24 D. 22, 1, welche beklagte Partei für sich allegirt, si judicium accipere paratus fuit, paßt nicht auf den Fall der wirklichen Litispendenz, und die weitere Voraussetzung: si juste ad judicium provocavit, ist durch die rechtskräftige Verurtheilung von 1755 und 1846 gegentheilich entschieden; unverschuldete Unglücksfälle aber, wie diejenigen, welche die l. 40 pr. D. 5,3 erwähnt, (Viehfall rc.) sind hier nicht analog eingetreten um an der Entscheidung über die Früchte eine Aenderung treffen zu können.

c) Der Einwand, daß ein Restitutionsgesuch gemeinrechtlich als keine Klage zu erachten sei, ist irrelevant, da nicht geläugnet werden kann, daß bei ihm gleichfalls eine Litiscontestation stattfindet, welche allein für die mala fides entscheidet, und, wie bemerkt, überdies die frühere Litispendenz fortwirkt.

d) Daß die mala fides sich nur auf die einzelnen, jeweilig beim Streite betheiligten Frhl. von Thüngen erstrecke, widerlegt sich dadurch, daß die Genossenschaft der Familie, welche ohne Rücksicht auf die Einzelnen fortbesteht, die hier eingeklagten Früchte percipirt hat. Das Allodialvermögen der Einzelnen haftet allerdings nur für die solange percipirten Früchte, als diese Einzelnen sich im Genusse des Gesellschaftsvermögens befanden. Daß beide Linien im Allgemeinen für den Ersatz der Nutzungen verhaftet seien, wenn auch nicht in welchem Maße, wurde bereits ausgeführt.

Daß die Frhl. von Thüngen und darunter auch Philipp Christoph Dietrich von Thüngen während der Litispendenz Besitz ergreifen durften, und daß während derselben Besitzwechsel eintraten, ist selbstverständlich; erst die Endurtheile aber entscheiden, ob dieser Besitz gerechtfertigt und ob er zu restituiren sei; und dieses Urtheil erstreckt sich auch auf die Besitznachfolger einer res litigiosa bis zu einem gewissen Grade im Einzelnen, während die Genossenschaft, welche mala fide die Früchte bezog, noch als Ganzes fortbesteht.

e) Daß die Frage der bona fides während der Litispendenz eine quaestio facti sei, nicht schon ipso jure eintrete, wurde schon oben widerlegt; schon das Gesetz gebietet hier die Annahme einer mala fides mit dem Eintritte der Litispendenz.

§ 10.

Zur Begründung der Frage der solidarischen Haftung der einzelnen Frhl. von Thüngen wurde in der Klage lediglich vorgebracht, daß „Streitgenossen für Kosten und Schäden der Gegner sammtverbindlich haften."

Nun ist es zwar richtig, daß bei persönlichen Deliktsklagen, so, wenn es sich z. B. hier um die nach der lex Aquilia sich bestimmenden Gerichtskosten handeln würde, eine Solidarhaftung stattzufinden hätte; in der Wirklichkeit stellt aber die Gemeinde lediglich eine dingliche Klage auf Restitution von Früchten; selbst die abzuweisende Klage auf Ersatz der vergleichsmäßigen Nutzung zu 1700 Reichsthlr. ist keine Deliktsklage wegen Beschädigung; es folgt also aus dieser Begründung noch keine Solidarhaft.

Nach der Klagezustellung wurde die Solidarhaftung klägerischerseits weiter durch lex 51 D. de rei vind. (6, 1) zu begründen versucht: si in rem actum sit, et in heredem possessoris judicium datum culpa quoque et dolus malus heredis in hoc judicium venit; es wäre damit auf die actio doli hingewiesen, welche als Deliktsklage allerdings in solidum statthaft wäre; allein ein Dolus ist im gegebenen Falle, wo es sich um Herausgabe des Besitzes von Gütern und Gerechtsamen handelt, welcher seit mehr als einem Jahrhundert ergriffen wurde, unerwiesen; gegen die Annahme eines solchen dolus hat sich indirekt schon das oberstrichterliche Urtheil vom 5. Dezember 1846 sowie das Kammergerichtsurtheil von 1755 entschieden, indem beide die Kosten des Hauptprozesses compensirten.

Diese Entscheidung der Solidarhaftung hat jetzt zwar nicht mehr die Bedeutung wie in den Parteianträgen, nachdem entschieden ist, daß die Familie als Genossenschaft mit ihrem gemeinschaftlichen Allodialvermögen und, soweit dasselbe angreifbar wäre, auch mit dem Lehensvermögen verhaftet ist; allein auch die Familie wird wieder in 2 Linien geschieden, und es fragt sich noch immer wenigstens, ob diese

beiden Linien die Lutz'sche und die Andreas'sche solidarisch haften, abgesehen von der solidarischen Haftung des Allodialvermögens der einzelnen Familienglieder für die Zeit des Eintritts in die Gesellschaft und Genossenschaft.

In dieser Beziehung bieten, wie es scheint, die Urtheile dreier Instanzen von 1841—1846 insbesondere das oberstrichterliche Urtheil vom 5. Dezember 1846 Ziff. II die schon erwähnte Entscheidung dar, daß die Frhl. von Thüngen'sche Familie Lutz'scher Linie als mit jener Andreas'scher Linie gemeinschaftliche Sache machend, anzusehen sei. Doch ist, da es zweifelhaft erscheinen könnte, ob mit diesem Ausspruche eine Solidarhaftbar-Erklärung der beiden Linien beabsichtigt gewesen sei, die rechtliche Begründung dieser Solidarhaft näher zu untersuchen.

Gesellschafter haften in der Regel nur pro rata; eine Ausnahme ergibt sich (Puchta Pand. Vorlesungen zu § 370—372 in fine) dahin: die actio exercitoria und institoria geht gegen jeden socius in solidum, nicht blos nach dem Gesellschaftsantheile.

Nun haben beide Linien zur Erhebung der eingeklagten Früchte einen gemeinschaftlichen Verwalter bestellt gehabt, und so thatsächlich nach außen als eine einzige Vereinigung die Geschäfte der Früchteperception besorgt. Dieses Verhältniß der Familie zu ihrem Verwalter erscheint zwar allerdings nicht als das eines exercitor (Schiffs-Rheders) oder eines institor (Faktors); allein das, was dem exercitor und institor gegenüber bestimmt ist, gilt in gleicher Weise bei Aufstellung eines Prokurator überhaupt, welcher seiner Vollmacht gemäß handelt, — gegen den Verwalter, welcher auftragsgemäß dies Vermögen verwaltet und die Nutzungen einzieht, findet eine actio „quasi institoria" statt, d. h. eine Klage für welche gleiche Grundsätze gelten, wie wenn sie eine actio institora wäre.

Zufolge dieser Klage haften neben den Einzelnen selbst juristische Personen aus den Geschäften ihrer Verwalter.

Puchta Pand. § 279.

also unzweifelhaft auch Genossenschaften gleichviel ob eine einzelne Genossenschaft den Verwalter bestellt oder mehrere einzelne Personen oder mehrere Genossenschaften.

Deßhalb ist es gleichgiltig, ob die Lutz'sche Linie und Andreas'sche Linie gesonderte Genossenschaften waren. Denn daß der Verwalter in Burgsinn, welcher die Gemeindewaldungen für beide Linien gemeinschaftlich nutzte, von beiden Linien der Frhl. von Thüngen beauftragt war, wird in keinem Falle bestritten werden wollen und können; schon daraus, daß beide Linien die von ihnen percipirten Nutzungen annahmen, ergibt sich das stillschweigende Mandat, (mandatum tacitum), die Nutzungen für beide zu beziehen; beide Linien haften deßhalb mit der quasi institoria actio solidarisch.

Dieselbe solidarische Haftung beider Linien würde sich auch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzeu ergeben.

Der Verwalter, Geschäftsführer oder Mandatar beider Linien selbst hat wegen der Verbindlichkeiten aus dem Mandate gegen die mehreren Mandanten (Linien) die actio mandati contraria in solidum.

Puchta Pand. §. 325 Note r; Seufferts Pand. § 228 Note 5. Nur dann, wenn die Mehreren schon verurtheilt sind, geht die Exekution (actio judicati) gegen die Mehreren pro rata, was hier um deßwillen nicht Platz greift, weil hier die Frage, wer der jetzt lebenden Frhl. von Thüngen für die Früchte haftbar erscheint, erst incidenter während des Exekutionsstadiums entschieden und in dieser Beziehung erst Urtheil erlassen werden soll; nachdem diese Entscheidung durch das oberstrichterliche Urtheil vom 5. Dezember 1846 § 71 dem jetzigen Prozeßstadium vorbehalten wurde. Auch ist im oberstrichterlichen Urtheile von 1846 primär die Gesammtfamilie der Frhl. von Thüngen verurtheilt. Diese Familie zerfällt zwar in mehrere Linien, aber diese Theilung erscheint nur eine innere, wandelbare, nach wechselnden Antheilsquoten berechtigte, welche nur für den Verwalter maßgibt, während nach außen der Verwalter einheitlich und einzig darsteht.

Dieser Verwalter nun würde jetzt für seine Person auf Herausgabe der Nutzungen verklagt werden müssen, wenn er für sich gehandelt hätte; nachdem derselbe aber als Stellvertreter und Mittelsperson gehandelt hat, so wurde durch die Handlungen des procurator direkt die Familie zur Restitution der Früchte obligirt, weil der Besitz der Früchte, ohne daß diese Mittelsperson in das Rechtsverhältniß ein-

tritt, unmittelbar auf die Repräsentirten übergeht (Pucht. P. § 52 Ziff. 2); und wie daher die Familie durch den procurator solidarisch auf Restitution belangt werden kann, so kann dies jetzt auch von Seite des Dritten, der Gemeinde, geschehen, welcher durch die Mittelsperson, des Verwalters, die Früchte entzogen wurden und auf welche die Rechte dieser Mittelsperson übergehen; es ist also auch die Klage der Gemeinde auf Restitution der durch den gemeinschaftlichen Prokurator entzogenen Früchte eine solidarische.

Auf diese Weise ergibt sich, daß die Haftung der unter einheitlicher Verwaltung die Gemeindewaldungen nutzenden Gesammtfamilie der Frhl. von Thüngen mit ihren nach Innen sich scheidenden beiden Linien entweder kraft Judikats, jedenfalls aber nach allgemeinen Rechtsprincipien als eine solidarische zu betrachten und es der Familie zu überlassen ist, diese ihre Verpflichtung innerhalb ihrer Vereinigung zwischen den beiden Linien entweder gütlich oder im Rechtsweg zum Austrag zu bringen.

Das gleiche Verhältniß waltet auch ob gegenüber dem nicht gemeinschaftlichen Vermögen, dem Allodialvermögen der einzelnen Frhl. von Thüngen, welche jetzt in dem Prozesse gegen die Genossenschaft nach früherer Ausführung gleichfalls mitbelangt erscheinen. Diese haften als Einzelne nach den Bestimmungen der römischen societas mit ihrem allodialen Sondervermögen für diejenige Zeit, innerhalb welcher sie der Vereinigung angehört haben. Auch diese haften für die bezeichnete Zeit, in welcher für sie der gemeinschaftliche institor oder quasi institor gehandelt hat, in solidum, und darin eben verwirklicht sich das Wesen der modernen Genossenschaft und deren Verhältniß gegenüber der römischen societas und der juristischen Person, daß in der societas unter Umständen nur die Einzelnen, in der juristischen Person nur das Vermögen der Vereinigung, in der Genossenschaft aber sowohl das Vermögen der Vereinigung als das der Einzelnen haftet.

§ 11.

9) Daß der Ersatz der Vergleichssumme zu 1700 Thalern = 2550 fl. von der Klägerin mit Unrecht verlangt wird, wurde bereits oben § 8 gezeigt.

§ 12.

III) Die Klagsforderung oder das eingeklagte Interesse ist von den Beklagten in quanto et quali in Abrede gestellt.

Da der Klagsanspruch aber auf Grund der Rechnungen, welche die beklagte Partei selbst edirt und damit anerkannt hat, erhoben worden, so sind, eine richtige Berechnung der Klägerin vorausgesetzt, die Klagsposten aus diesem Grunde in quanto et quali als von der beklagten Partei anerkannt zu erachten und erübrigt nur, durch Sachverständige das richtige Quantum feststellen zu lassen. Dieses Quantum wurde in der maßgebenden öffentlichen Verhandlung vom 27. Oktober 1875 wiederholt auf 749,208 fl. 21¼ kr. angegeben; dasselbe war durch Abrechnnng der abgewiesenen Nutzungen vor 1716 mit 2384 fl. 19¼ kr. schon jetzt auf 746,824 fl. 2 kr. zu reduziren.

Der Einwand der Beklagten, daß sie die in den Rechnungen aufgeführten Beträge nicht wirklich eingenommen hätten, sondern daß dieselben nur das „Soll" von Einnahmen repräsentiren, widerspricht den Angaben ihrer eigenen Rechnungen, wornach unter den Aktiven wirkliche Einnahmen vorliegen, abgesehen davon, daß sie seit 1716 als malae fidei possessores sogar die fructus percipiendi zu ersetzen hätten.

Ebenso ist der Einwand unbegründet, daß ein Beweis von Sachverständigen deßhalb hier ausgeschlossen erscheine, weil hier ermittelt werden wolle, was die Waldungen abgeworfen haben; dieß letztere erscheint durch den Inhalt der eigenen Rechnungen der Beklagten bereits zugestanden, und die Sachverständigen haben hier als Rechnungsverständige lediglich die Aufgabe, rechnerisch festzustellen, ob aus dem in den beklagtischen Rechnungen von dem Beklagten selbst zugestandenen Einnahmsquantum sich rechnerisch die Summe ergibt, welche die Gemeinde einklagt.

Von einem Schätzungseide gewäß Art. 470 P.-O. kann zur Zeit noch keine Rede sein, da der Beweis vorerst durch primäre Beweismittel Rechnungen und Sachverständige geliefert werden kann, und den Beklagten durch Herausgabe ihrer Rechnungen zur Zeit keinerlei Weigerung Arglist oder Verschulden zur Last fällt, welche die Auferlegung eines Schätzungseides rechtfertigen würde, da ferner von Seite

der klagenden Gemeinde vorerst und erst jetzt eine bestimmte Summe liquidirt wird.

Der Umstand, daß zur Zeit noch nicht zwischen den Parteien feststeht, wer die einzelnen Frhl. von Thüngen sind, welche an dem Genusse der Lehen und damit der Gemeindewaldungen Antheil hatten, wie lange diese Antheil hatten und wer die Erben der inzwischen Verstorbenen sind, wurde zur Zeit nicht als geeignet befunden, ein Beweisanerbieten gemäß Art. 274, 328 Abs. 4 Pr.O. zu verlangen, weil diese Frage zur Zeit und auch für die Folge möglicherweise kein Interesse bieten kann, nachdem das gemeinschaftliche Vermögen der Gesammtfamilie ein so bedeutendes sein kann, daß aus diesem der eingeklagte Betrag gedeckt zu werden vermag, ohne die Einzelnen in Anspruch zu nehmen, und es der Klagspartei immerhin vorbehalten bleibt, dieses weitere Liquidationsverfahren, nachdem die Schuldfrage feststeht, späterhin einzuleiten.

Nachdem übrigens die Klagspartei in der öffentlichen Verhandlung vom 27. Oktober 1875 sich zum Beweise über die Universal-Succession noch speziell erboten hat, war dieser Beweis unter A 4 freizulassen und da in diesem plus des Beweises auch der Beweis des minus zugelassen ist, ob und wer der beklagten Familienmitglieder wenigstens Singularsuccessor früherer Lehensbesitzer seit 1716 ist, so bleibt damit der Klagspartei auch der ersterwähnte Beweis einer Singularsuccession freigelassen.

§ 13.

Ungegründet ist ferner:

1) Der Einwand, daß der klägerischen Forderungsaufstellung eine genügende Spezifikation abgehe; denn das Interesse der von der beklagten Partei percipirten Nutzungen wird aus deren Rechnungen selbst liquidirt; es würde daher dieser Einwand nur die Folge haben, daß die beklagte Partei selbst eine genauere Rechnung stellen sollte, eine Forderung, welche aber auch in ihrer Allgemeinheit weder substanzirt noch begründet erscheint, abgesehen davon, daß deren Erfüllung der beklagten Partei wohl selbst jetzt unmöglich werden wird.

2) Der Einwand, daß die in den einzelnen Rechnungen enthaltenen Vorträge über Jagd- und Forstgefälle für Holz und Wildpret der Frhl. von Thüngen sich nur theilweise auf die an die Gemeinde Burgsinn restituirten Waldungen bezögen und daß sowohl in der Steuergemeinde Burgsinn als außerhalb derselben noch namhafte Waldflächen im Besitze der Herrn von Thüngen von jeher verblieben, namentlich die Waldabtheilung Tauschleite und Langenthal Pl.-Nr. 4167 und 4168 zu 163 Tagwerk 134 Dez., dann die Wiesen in Neusechs, Stockig, Trockenbach, aus welcher 23,098 fl. 14 kr. vereinnahmt worden seien, welche Summe die Lutz'sche und Andreas'sche Linien je zur Hälfte treffen sollen — enthält im Grunde nur einen Widerspruch der klägerischen Liquidation, dessen Begründung die Sachverständigen unter Zugrundelegung des aus den öffentlichen Lagerbüchern oder aus den Akten ersichtlichen Besitzstandes beider Streittheile entweder rechnerisch nach dem Inhalte der Rechnungen oder schätzungsweise ermitteln können; ebenso ist der Einwand, daß die Holzgeldbeträge für die Besoldung des Forstoberinspektors dann das Fixum des Amtmanns mit 4022 fl. 2½ kr., welche die Lutz'sche Linie bezogen, nicht auch der Andreas'schen Linie angesetzt werden dürfe und daher nicht doppelt anzusetzen sei, nur ein Widerspruch, daß beklagte Partei soviel Nutzungen bezogen, als Klägerin berechnet. Ebenso endlich die Behauptung, daß noch weitere 34,358 fl. 2¾ kr. zuviel in Einnahme gestellt sind.

Dagegen ist der Einwand, daß an der Entschädigungssumme das in Abzug kommen müsse, was die Gemeinde und die einzelnen Nachbarn alljährlich an Bau- und Brennholz unentgeltlich erhielten, und daß dies einen Werth von mindestens 40,000 fl. repräsentire, eine näher in Betracht zu ziehende Liquidationseinrede.

Wurde dieß Holz im Werthe zu 40,000 fl. nicht für die Rentei der Frhl. von Thüngen veräußert und der Erlös eingezogen, so wird auch der Preis hiefür in den Rechnungen nicht in wirkliche Einnahme gesetzt worden sein; es würde in diesem Falle dieser Werth von 40,000 fl., welcher der Gemeinde schon dadurch abgezogen ist, daß ein Verkaufspreis nicht in Einnahme gesetzt werden konnte, jetzt der Gemeinde möglicherweise nochmals abgezogen.

Da schon oben § 9 Ziff. 6 erwähnt wurde, daß der Gemeinde durch Sentenz vom 8. Januar 1759 Holzungsrechte provisorisch eingeräumt wurden, so ist es, wenigstens was das Raff- und Leseholz anbelangt, in keiner Weise wahrscheinlich, daß ein Kaufpreis oder sonstiger Preis für all' dieß Holz in den Thüngen'schen Rechnungen in Einnahme gesetzt, und daher diesen jetzt nochmals abgezogen werden könnte.

Aus diesem Grunde hat die beklagte Partei zu beweisen, nicht blos, daß das fragliche Holz an die Gemeinde hinausgegeben wurde, sondern daß der Preis dieses Holzes trotz dieser Hinausgabe an die Gemeinde in den Rechnungen gleichviel aus welchem Grunde zuvor in Einnahme gesetzt worden sei.

Auch genügt es nicht, um dieß Holzquantum der rechtmäßigen Besitzerin aufrechnen zu dürfen, wenn dasselbe an beliebige Dritte hinausgegeben worden ist; auch dieß wäre eine Besitzentziehung gegenüber der berechtigten juristischen Person der Gemeinde, selbst wenn die Hinausgabe an Gemeindeglieder erfolgt wäre, weil nicht die Einzelnen sondern die juristische Person der Gemeinde Burgsinn berechtigt ist, und weil eine Hinausgabe an Einzelne eine willkührliche Disposition über fremdes Eigenthum und eine unberechtigte Bevorzugung der einzelnen gegenüber den übrigen erscheinen könnte; es war daher nur die Hinausgabe des Holzes an die Gemeinde selbst — oder, was dasselbe ist, nach deren Anweisung — als Compensationseinrede zum Beweise zuzulassen.

Da die Klage ferner selbst nur Nutzungen aus Jahren verlangt, aus welchen Rechnungen Seitens der beklagten Partei edirt wurden, so folgt, daß auch die Beklagten eine solche Aufrechnung nicht für solche Jahre verlangen können, für welche keinerlei Rechnung vorliegt; und da die Forderung der Nutzungen überhaupt erst vom Jahre 1716/17 begründet, die nach diesem Jahre vorliegenden Rechnungen aber inhaltlich der Zusammenstellung der Klage erst mit dem Jahre 1724/25 beginnen, so war erst von letzterem Jahre an Liquidationsbeweis zuzulassen, bei welchem wieder alle Zwischenjahre außer Betracht zu lassen sind, in welchen gleichfalls keine Rechnungen vorliegen; so die Jahre 1725/26, 1754/55 u. s. w.

3) Als unzulässig bezeichnen Beklagte die Rückforderung der von den Frhl. von Thüngen erhobenen Forst- und Rügestrafen, weil diese keine Waldrente, sondern Jurisdiktionsgefälle seien.

Allein das Urtheil von 1755 verfügt auch, daß die Gemeinde bei der von den Frhl. von Thüngen „indepententen Gerichtsbarkeit „des Fleckens Burgsinna, bei dem jure mulctandi, auch die Frevel „in ihrer ganzen Gemarkung zu bestrafen und deßhalb Bußen anzu- „setzen — in possessione zu schützen und zu manuteniren.“

Da bis auf die jüngsten Jahrzehnte die Justizhoheit als nutzbares Regal erschien und hier der Augenschein ergibt, daß die Ausübung der Jurisdiktion materielle Vortheile getragen hat, welche für die Markung Burgsinn nur die Gemeinde, eventuell der Staat, in keinem Falle auf dieser Markung die Frhl. von Thüngen zu besitzen hätten, so sind diese Nutzungen vorerst sämmtlich in den Besitz der Gemeinde zu restituiren, aus welchem es dem k. Fiskus freisteht, dieselben seinerseits zu beanspruchen; an diesen Besitzverhältnissen ändert der Ausspruch in Ziff. IV. 1 des Tenors des oberstrichterlichen Urtheils vom 5. Dezember 1846 nichts, welcher nur in Betracht zieht, ob die fernere Ausübung aller im Urtheile von 1755 erwähnten Rechte fernerhin möglich sein werde; daß aber der Besitz dieser Nutzungen, welcher thatsächlich wenn auch etwa nur durch die zufällige Fügung, daß die Freiherrn von Thüngen möglicherweise länger die Gerichtsbarkeit ausüben konnten, möglich geworden ist, eher der Gemeinde als der beklagten Partei zusteht, folgt einfach aus dem Umstande, daß der ersteren die possessio durch das Urtheil von 1755 zugesprochen wurde, während der letzteren zur Zeit keinerlei Besitz und Recht zusteht und daher der Grundsatz der l. 2. Dig. uti possidetis 43, 17 i. e. der Grundsatz des besseren Rechtes eintritt: is, qui possidet, plus juris habet, quam qui non possidet.

Diesem Klagsanspruch gegenüber erscheint der Einwand der beklagten Partei, daß nur die Bestraften diese Rugstrafen zurückfordern können, als eine unbegründete exceptio ex jure tertii; diese hätten derartige Strafen in keinem Falle insbesondere aber dann nicht zurückfordern können, wenn die Gemeinde die ihr zufolge des Possessoriums gebührende niedrige Gerichtsbarkeit seit 1716 selbst ausgeübt hätte.

Erst von dem Momente an, wo (wie der Tenor IV, 1 des oberstrichterlichen Urtheils vom 5. Dezember 1846 besonders hervorhebt,) seit 1755 erlassene staatsrechtliche und administrative Bestimmungen eine Beibehaltung dieser Jurisdiktion durch die Gemeinde nicht mehr zugelassen haben würden, kann von einem Rückforderungsrechte aber auch dann nur von Seite des Staates allenfalls die Rede sein; bis aber der Staat diese Nutzungen als sein Eigenthum zurückfordert, erscheint, wie bemerkt, die wenigstens im Besitze befindliche Gemeinde besser berechtigt, als die zur Zeit gar nicht berechtigte beklagte Partei; auch ein Einwand der letzteren ex jure fisci erschiene deshalb nicht minder als exceptio ex jure tertii.

Der weitere Einwand, daß $^7/_{12}$ als Verwaltungsanlagen, nemlich $^3/_{12}$ dem Amtmann und $^4/_{12}$ dem Forstpersonal als Anzeigegebühr ausgegeben wurde, war zum Beweise freizulassen; dabei war wieder zu betonen, daß dieser Beweis nur unter der Voraussetzung zugelassen wird, daß die auf die Verwaltung verwendeten $^7/_{12}$ trotzdem in den edirten Rechnungen in Einnahme gesetzt wurden; wurden dagegen nicht diese, sondern nur die restigen $^5/_{12}$ wirklich in Einnahme gesetzt, so wird von selbst dieser Einwand hinfällig.

4) Die Compensationsposten zu 5100 fl. und 1000 fl. sind von der Klägerin zugestanden; auf deren Betrag war deßhalb sofort die Klage abzuweisen.

5) Bezüglich der behaupteten Mehrausgaben für Holzfabrikation und Culturkosten war Beweis zuzulassen.

6) Bezüglich der Verwaltungskosten war Folgendes vorauszuschicken.

Da die Frhl. von Thüngen seit 1716 als malae fidei possessores erscheinen, (oben § 9) so werden ihnen impensae utiles und voluptitiae nicht ersetzt, sondern nur impensae necessariae.

Puchta P. § 171.

Deßhalb erscheint die Verwendung, wie Klägerin behauptet, von mehr als dem nothwendigen Personale, oder eines solchen, welches nicht zum Bedarf der Wald- und Jagdnutzung an sich, sondern zur Vermehrung des Jagdgefolges, zum Vergnügen, kurz ohne Bedürfniß aufgestellt wurde, als eine Auslage, welche die Gemeinde nicht zu ersetzen hat.

Wenn daher beklagte Partei einen Mehraufwand für Verwaltungspersonal gegenüber der Berechnung der Klägerin abrechnet, so ist dieselbe nur insoferne begründet, als dieselbe einen nothwendigen Mehraufwand zu beweisen vermag.

7) Die beklagte Partei hat 3 neue Compensationseinreden zu 80 fl. für Grundzins, 800 fl. für Jagdpacht und 100 fl. für rechtswidrig geschlagenes Holz erst im jetzigen Exekutionsstadium vorgeschützt; dieselben sind aus dem doppelten Grunde zulässig, einmal, weil erst jetzt das Liquidationsverfahren zur Herstellung der gegenseitigen Schuld beginnt, und dann, weil dieselben gesetzlich gemäß Art. 868 Ziff. 4 P.-O. erst nach dem Urtheile von 1755 und 1846 zu Tage getreten sind; eines Beweisanerbietens gemäß Art. 873 Abs. 3 P.-O. bedarf es nicht, weil hier der Vollstreckung keinerlei Einhalt geboten werden soll. Eine Verjährung tritt hier nicht ein, weil in Folge der Geltendmachung der Compensationseinrede die Compensation auf die Zeit der Fälligkeit zurückbezogen wird.

8) Weiter compensirt Beklagte Deficite einer Heinleschen, Gottschen und Dunkel'schen Verwaltung. Durch dieses Deficit sind während der Bewirthschaftung der Frhl. von Thüngen ohne daß eine Schuld derselben behauptet wurde, also durch casus, Früchte, und zwar in Folge Defraudation, entgangen, deren Bezug möglich gewesen wäre; diese entgangenen Früchte fallen aber nicht unter den Begriff derjenigen fructus percipiendi, welche Beklagte als malae fidei possessores gleichfalls zu ersetzen hätten

Puchta P. § 37 Note d. § 150 Note u
Savigny System Bd. VI § 267

weil deren Prästation durch die culpa des possessor bedingt wäre, und wie bemerkt, von Seite des Gegentheils eine solche culpa nicht behauptet erscheint; es war daher bezüglich der beiden nach Linien ausgeschiedenen Antheilsposten zu 11,450 und 6,470 fl. (in Summa 17,920 fl.) Beweis zuzulassen.

8) Bezüglich der Behauptung, daß die Frhl. von Thüngen selbst Nachbarrechte haben und als solche das Recht des Mitgenusses des Gemeindevermögens besitzen, enthält bereits das Urtheil von 1755 die (zwischen Klammern eingeschaltete) Bestimmung — „wo nicht „Kläger nach Erfüllung diesen Urtheil noch etwas in der Gemeinde

„besitzen werden, auf welchen Fall sie doch nicht anderst, als anderen „Gemeinds-Männern zu solchen Emolumentis zuzulassen."

Es ist demzufolge zunächst festzustellen, wieviel Antheilsrechte an den Gemeindenutzungen die beklagte Partei für die ganze Zeit besaßen oder erst später erworben haben, und wieviel auf deren Anwesen an den Nutzungen seit 1848 trifft.

Bezüglich der 1863 oder 64 vertheilten Baarsumme war in Betracht zu ziehen, daß, wenn 250 fl. ohne Beiziehung der beklagtischen Anwesen vertheilt wurden, beklagte Partei für ihr Anwesen nicht den gleich hohen Theil verlangen kann, weil sich die Antheile aller Anwesen in Folge des Zutrittes weiterer Antheile verringert hätten.

10) Endlich verlangt beklagte Partei den Rückersatz von Lehengebühren und Auslagen für Belehnung im Gesammtbetrage von 55,000 fl. von der Klägerin. Diese Auslagen sind indebite geleistet, nachdem der beklagten Partei der Besitz der vermeintlichen Lehengüter entzogen wurde. Dieselben wurden aber nicht der Gemeinde indebite gezahlt, sondern dem jeweiligen landesherrlichen (markgräflichen jetzt königl.) Fiskus, welcher allein der richtige Gegner gegenüber diesem Ersatzanspruche ist, während die klagende Gemeinde, welcher ihr Besitz ohnehin, wie jetzt entschieden, rechtswidrig entzogen wurde, nicht gehalten sein kann, auch noch Kosten dieser rechtswidrigen Besitzentziehung zu tragen. Dieser Posten war deßhalb abzuweisen.

Zweite Abtheilung

Gutachten.

Das verurtheilende Erkenntniß in der vorliegenden Streitsache stützt sich in der Hauptsache auf zwei Momente:

I. Die Beklagten bilden eine Genossenschaft des neueren Rechts, bei welcher neben dem Gesammtvermögen auch die einzelnen Mitglieder haften.

II. Die Haftung der Beklagten beruht außerdem darauf, daß sie die eingeklagten Rückstände durch einen gemeinsamen Verwalter haben percipiren lassen.

Das erste Moment bezeichnet das Erkenntniß selbst S. 17 als entscheidende präjudicielle Vorfrage des ganzen Streites „weil sich „daraus ergeben müsse, ob die Klage gegen die durch den Mannsstamm repräsentirte zum Bezug der Lehensnutzungen berechtigte Vereinigung oder Gesammtfamilie der Freiherrn von Thüngen gestellt „werden könne oder ob die Klage gegen die einzelnen Familienglieder „zu stellen sei." Diese Frage soll auch hier zunächst der Erörterung unterzogen werden, und zwar nach zwei Seiten hin:

1. Inwiefern läßt sich ein Institut der Genossenschaft als in unserem Rechte überhaupt begründet annehmen, und inwiefern ist bei diesem eine Solidarhaft der einzelnen Genossen neben der Haftung des gemeinsamen Vermögens gegeben. (Titel 1.)

2. Inwiefern kann das Rechtsverhältniß der gegenwärtigen Inhaber des Lehens Burgsinn unter den Begriff der Genossenschaft subsumirt werden. (Titel 2.)

Da die nun folgende Ausführung beide Fragen verneint, so muß außerdem 3. hergestellt werden, welches Rechtsverhältniß hinsichtlich der von der Klagspartei gestellten Forderung der in dem Liquidationsprozeß in Anspruch genommenen Rückstände anzunehmen sei, und wer daher als der richtige Beklagte erscheine. (Titel 3.)

Titel I.

Da das bezirksgerichtliche Erkenntniß die erste Frage bejaht, und daher die Gesammtfamilie der Freiherrn von Thüngen als Genossenschaft zur Zahlung der Rückstände aus dem gemeinschaftlichen Vermögen verurtheilt und außerdem die einzelnen dieser Gesammtfamilie angehörenden Agnaten unter gewissen Beschränkungen mit ihrem ganzen Vermögen haften läßt, so wird vor allem festzustellen sein, wie das von dem königl. Bezirksgerichte supponirte Rechtsverhältniß civilistisch begründet werde, und welchen Inhalt das Erkenntniß demselben gebe, worauf nach diesen zwei Seiten hin die rechtliche Prüfung der Voraussetzungen folgen kann, von denen das Erkenntniß ausgeht.

§ 1.

Das Erkenntniß construirt das Rechtsverhältniß in folgender Weise:

1) Nach römischem Recht wäre eine Klage gegen eine Gesammtfamilie nicht gegeben, da nach diesem die Familie nicht juristische Person sondern eine Societas, ihr Vermögen eine Communio sei — anders aber nach heutigem Recht, wie dieß in der Praxis zur Ausbildung gelangt sei. Nach diesem sei die Nichtanwendbarkeit der Grundsätze des römischen Rechts auf derartige Vereinigungen constatirt. Das heutige Rechtsleben zeige Vereinigungen, bei welchen der Grundsatz des römischen Rechts, daß die Societas mit Hinwegfallen eines Mitglieds sich auflöse, nicht anwendbar sei, wie z. B. bei den zahlreichen Casino's, bei anderen sei die Möglichkeit des Zutritts neuer Mitglieder mit Consens der übrigen ausgeschlossen wie z. B. bei der Realgemeinde. Deßhalb erkenne die heutige Praxis an, daß derartige Vereinigungen sich nicht unter den Begriff der Societas subsummiren lassen, und nehme in solchen Fällen eine von der römischen Societas zu unterscheidende deutschrechtliche Gesellschaft „die Genossenschaft" an, deren maßgebendes Rechtsverhältniß in Ermanglung einer posi-

tiven Satzung mittelst innerer Rechtsgründe, nämlich der sog. Rechtsquelle der Wissenschaft zu construiren sei. (S. 18 f.)

2) Das logische Wesen der Genossenschaft bestehe darin, daß diese Vereinigung eine moderne Gesellschaft sei, die zwar an den Pflichten einer juristischen Person Antheil habe ohne jedoch der Befugnisse derselben theilhaftig zu sein. Denn Genossen könnten in ihrer Vertretung belangt und verurtheilt werden wie die juristische Person, hafteten aber nicht nur mit dem gemeinsamen sondern auch mit dem Sondervermögen der Einzelnen wie bei der Societas. (S. 20.) Eben darin verwirkliche sich das Wesen der modernen Genossenschaft, daß bei der Societas unter Umständen nur der Einzelne, bei der Juristischen Person nur das Vermögen der Vereinigung, bei der Genossenschaft sowohl das Vermögen der Vereinigung als das der Einzelnen hafte. (S. 46.)

3) In der Theorie sei der Rechtsbestand der Genossenschaften noch nicht so allgemein anerkannt als in der Praxis. Gerber und andere hätten die Existenzberechtigung einfach negirt, da ein Mittelding zwischen Universitas und Societas nicht möglich sei. Allein sie hätten nichts anderes an die Stelle gesetzt, und doch bestünden thatsächlich eine Reihe von Vereinigungen, bei denen die Nichtanwendbarkeit der Grundsätze des römischen Rechts zu Tage liege und die mit Anwendung der Gerber'schen Grundsätze rechtlos gestellt würden. Auch werde von dieser Seite die Unanwendbarkeit des römischen Societätsbegriffs zugestanden, indem man das, was hier Genossenschaft genannt werde, als modificirte Societät bezeichne, also ein bloßer Wortstreit. Aus dieser Unanwendbarkeit (desuetudo) des römischen Societätsbegriffs, die einmüthig von Praxis und Theorie anerkannt sei, folge von selbst, daß ein anderes modernes Recht gestaltet werden müsse, und dieses habe die Praxis nach den Bestimmungen, wie dieselben erfahrungsgemäß allen derartigen Vereinigungen theils gemeinsam seien, theils gemeinsam sein müßten, unter dem Namen Genossenschaft construirt. (S. 20 f.)

4) Es ergebe sich demnach das Zurechtbestehen der Genossenschaft nach den Principien der heutigen Rechtsgestaltung innerhalb des gemeinen Rechts, und auch das Bayrische Recht habe dieß in Prozeßordnung Art. 193, 4, Art. 452 und Art. 472 anerkannt. Dieß Recht sei aus inneren Gründen anzuwenden. (S. 22.)

§ 2.

Zur rechtlichen Beurtheilung der Annahme, daß gemeinrechtlich ein Institut der Genossenschaft zu unterscheiden von der gemeinrechtlichen Universitas und der Societas anerkannt sei, deren maßgebende Rechtsverhältnisse durch die Rechtsquelle der Wissenschaft zu construiren seien (Erk. S. 18) wird es ersprießlich sein, die Stellung zu präcisiren, welche die Wissenschaft zu diesem Institut einnimmt.

Zur Charakterisirung dieser Annahme wird ein kurzer Hinweis darauf genügen, daß die hervorragendsten Civilisten der neueren Zeit zu dieser modernen Rechtsgestaltung eine ganz andere Stellung einnehmen als das Erkenntniß des Bezirksgerichts Lohr. So sagt Unger System des Oesterreichischen Civilrechts § 42, 12: „Mit diesem „Begriff (der deutschrechtlichen Genossenschaften) selbst aber wurde „von den betreffenden Schriftstellern in der That eine ziemlich un„klare und nebelhafte Vorstellung verbunden, indem sie die Genossen„schaft als eine Unterart der Juristischen Person als eine Art der „Corporationen auffaßten, und nunmehr von einer principiellen Ver„schiedenheit des deutschen Rechts vom römischen in Bezug auf das „Recht der juristischen Personen sprechen, und diese principielle Ver„schiedenheit sowie das Charakteristische der Genossenschaften theils in „der Eigenschaft der Dauer, theils in dem angeblichen Durchwachsen„sein der Corporationsrechte mit denen der Mitglieder theils in der „Entstehung der Genossenschaften durch den bloßen Willen der Mit„glieder finden wollten, und hiemit die ganz verwerfliche Annahme „eines sogenannten Gesammteigenthums in Verbindung brachten.“ Ebenso äußert sich derselbe Schriftsteller in einem Aufsatz zur Lehre von den Juristischen Personen in der Kritischen Ueberschau VI. 180: „Daß es solche von manchen Germanisten angenommene Genossen„schaften, welche ein eignes dem deutschen Recht eigenthümliches „Mittelding zwischen Corporation und einfacher Gesellschaft oder eine „eigne Art Juristischer Personen bilden sollen, nicht gibt, kann wohl „nicht bezweifelt werden.“ In gleicher Weise äußert sich Stobbe deutsches Privatrecht (1871) § 51: „Während die öffentlichrechtlichen „Corporationen wesentlich allgemeine Zwecke verfolgen, gibt es auch „zahlreiche Corporationen, bei deren Bildung die Mitglieder beabsich„tigen, vermögensrechtliche Vortheile durch die Gemeinschaft und

„Nutzungen an dem gemeinschaftlichen Vermögen zu erlangen. Trotz „dieser wirthschaftlich verschiedenen Bedeutung und Interessen liegt „aber kein Grund vor, diese Corporationen für eine besondere Rechts-„gestaltung zu erklären und als Genossenschaften von den eigentlichen „juristischen Personen zu trennen. Sie sind gleichfalls Universitates, „wenn sie auch in Folge ihres besonderen Zweckes ihr Wesen in ein-„zelnen Beziehungen z. B. mit Bezug auf das Recht die Vereinigung „wieder zu lösen durch ihre Statuten abweichend von den römischen „Grundsätzen normiren, welche wesentlich für die öffentlich rechtlichen „Corporationen entwickelt waren. Die Vertheidiger der Genossen-„schaften behaupten, daß bei denselben das Recht der Gesammtheit „mit dem der einzelnen Mitglieder durchwachsen sei, daß Universitas „und Communio sich zu einem organischen Gefüge zusammengethan „haben, und zwischen der römischen Communio und Universitas viele „Zwischenbildungen in der Mitte lägen, daß die Genossenschaft einer-„seits als ein Rechtssubjekt, andererseits als eine Mehrheit von „Personen erscheine, daß die Gesammtheit subjektiv aus einer Anzahl „von Genossen bestehe, welche Theil haben an ihrem Vermögen, und „daß auch im Rechtsverkehr nach außenhin je nach Umständen bald „die Genossenschaft als ein zusammengehöriges Ganze bald die ein-„zelnen Genossen als solche und als Glieder der Verbindung handeln „können. Sie sagen, daß bei manchen dieser Vereinigungen das Ver-„mögen als einheitliches Corporationsgut unter dem Gesichtspunkt „der Universitas und zugleich in einzelne Theile zerlegt als Mit-„eigenthum nach dem Princip der Communio erscheine u. s. w. In-„dessen ist es eine Unmöglichkeit, daß an derselben Sache das Eigen-„thum bald der Universitas, bald den einzelnen sie bildenden Per-„sonen zusteht, und daß die Gegensätze (Communio und Universitas) „organisch miteinander verwachsen sind. Eine Sache steht entweder „im Eigenthum einzelner Personen oder in dem der Gesammtheit. „Und wo der Universitas das Eigenthum gehört, sind die Berechtig-„ungen der Einzelnen einfach als jura in re aliena aufzufassen, „ebenso wie der Anspruch der Einzelnen auf Theilnahme am Gewinn „bei den auf Erwerb gerichteten juristischen Personen nicht die Folge „einer unter den Mitgliedern bestehenden Societas, sondern ein auf „der Verfassung des Vereins beruhendes obligatorisches Recht ist.“

Endlich hat sich Renaud, der in einem Aufsatz über Gemeindenutzungen (1845) Zeitschr. f. deutsches Recht IX. 78 f. und Privatrecht (1848) § 57—59 einer der ersten der von Beseler aufgestellten und formulirten Lehre sich angeschlossen hatte, ausdrücklich davon losgesagt in Recht der Aktiengesellschaft erste Auflage 1863 § 9, 4: „Der Verfasser der in seinem Lehrbuch des deutschen Privatrechts § 57 die „Aktiengesellschaften ebenfalls als Genossenschaften betrachtete, hat „diesen letzteren Begriff seit Jahren aufgegeben," und zweite Auflage (1875) § 10: „Hiernach stehen der Auffassung der Aktiengesellschaft „als Genossenschaften die nämlichen Gründe entgegen, aus welchen „dieselben nicht als Gesellschaften mit formeller Personeneinheit con„struirt werden können, während der Genossenschaftsbegriff überhaupt „der Erwägung weichen muß, daß Communio und Universitas lo„gische Gegensätze sind, die sich nicht in dem nämlichen Verein ver„binden können."

Ueberblicken wir die neueren wissenschaftlichen Darstellungen, die sich mit der Frage direkt oder indirekt beschäftigt haben, so finden wir, daß die gemeinrechtliche Geltung des angeblichen modernen Instituts von Germanisten und Romanisten gleichmäßig verworfen wird.

Von Germanisten haben sich dagegen erklärt: Thöl Volksrecht und Juristenrecht 1846 § 4 f — Gerber in der Jenaer Literaturzeitung 1844 S. 1215; Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß N. F. XII. 193 (1855); Privatrecht § 49 — Walter Privatrecht (1854) § 84 — Gengler Lehrbuch (1854) S. 128 — Hillebrand Privatrecht (1864) § 32 und 45 — Stobbe Privatrecht (1871) § 51 — Reyscher Württembergisches Privatrecht (1848) § 742 und über Gemeindesachen Z. f. d. R. XVI. 147 (1856) — Hahn die materielle Uebereinstimmung der römischen und deutschen Rechtsprincipien (1856) S. 356 — Renaud Recht der Aktiengesellschaften (1863) § 9, 4 und zweite Auflage (1875) § 10 — Siebenhaar Sächsisches Privatrecht §. 29. Von Romanisten: Windscheid Pandekten § 58, 5 — Arndts Pandekten § 42, 3 — Randa, Archiv f. d. W. R. XV. 337, 1 (1866) — Schmid R. über Genossenschaften A. f. C. Pr. XXXVI. 148. — Unger Oe. P. R. § 42, 12 und Kritische Ueberschau VI. 180.

Dem gegenüber finden wir die moderne Theorie nicht nur ganz vereinzelt anerkannt, sondern auch von Seite derjenigen, die ihr über-

haupt noch folgen, mit ganz verschiedenem Inhalt ausgestattet. Das „moderne Institut" ist nicht nur dadurch ausgezeichnet, daß es von hervorragenden Juristen die ihm früher anhingen (Unger, Renaud) nachträglich desavouirt wird, sondern auch dadurch, daß der ursprüngliche Begründer der Lehre im Laufe der Zeit diese völlig umgestaltet hat.

Die erste Begründung erfolgte durch Beseler Erbverträge I. 76 f (1835). Hier findet sich auch S. 80 der Ausdruck Genossenschaft meines Wissens zuerst im technischen Sinn gebraucht (vermuthlich dem Ausdruck Markgenossenschaft entnommen). Die Argumentation Beselers ist in Kürze folgende: „Das römische Recht zieht eine „scharfe Grenze zwischen Universitas und Communio. Da die erstere „selbstständig die letztere nur durch den freien Willen getragen er„scheint, können Societas und Communio immer einseitig aufgelöst „werden. Dabei ist das Eigenthum ausschließlich, in den verschie„denen Vereinigungen der Bürger sind die Rechte der einzelnen ent„weder ganz aufgehoben oder gar nicht; eine Vermittlung gibt es „nicht. Nach deutschem Recht dagegen kann der Begriff des Eigen„thums als eines ausschließlichen untheilbaren Rechts nicht durchge„führt werden, es kommen Fälle vor, wo das Eigenthum derselben „Sache gleichmäßig mehreren Personen zusteht. Ein eigenthümlicher „Zug des germanischen Lebens ist der corporative Trieb. Es finden „sich Bildungen, die zwischen Universitas und Societas in der Mitte „stehen. Die Markgenossenschaften ähneln den Corporationen, andere „wie Ganerbschaften dagegen sind keine mystischen Personen, sie sind „nur nach außen geschlossen, nach Innen sind die Rechte der Ein„zelnen nicht in der Idee der Gemeinschaft aufgegangen. Es war „dieß keine Universitas aber auch keine bloße Communio, da die „Absicht auf die Dauer des Bestandes gerichtet ist. Aehnliche Ver„hältnisse finden sich bei Gütergemeinschaft und der Vergabung von „Todeswegen. Die Benennung Gesammteigenthum ist unrichtig, „wenn man damit das Verhältniß bezeichnen will, in dem sich die „Mitglieder einer Universitas zum Vermögen derselben befinden, „aber richtig, wenn man darunter das Verhältniß mehrerer Personen „zu einer Sache versteht, deren Proprietät unter ihnen getheilt ist, „ohne daß daraus das sog. getheilte Eigenthum (dominium directum

„und utile) entsteht.“ In dieser einfachen Form war die Darstellung nichts als eine veränderte Formulirung dessen, was man vorher als Gesammteigenthum bezeichnet hatte. Dieser Begriff, der zuerst von dem Bamberger Juristen Justus Veracius aufgestellt wurde, s. Bayr. C. R. § 120, 5 vgl. §. 5 37 und seit dem 18. Jahrhundert unter Germanisten und Romanisten Anhänger gefunden hatte, mußte zur Erläuterung derselben dem römischen Recht fremden Rechtsverhältnisse dienen, die seit Beseler die Grundlage für die Lehre von den Genossenschaften abgaben, so für die eheliche Gütergemeinschaft

Bayr. C. R. § 60, 7. Duncker Gesammteigenthum 5

die Belehnung zur gesammten Hand

Eichhorn P. R. § 169, b

die Ganerbschaften

Eichhorn P. R. § 169, a

und die Markgenossenschaft

Eichhorn P. R. § 168.

Die Veranlassung dazu lag wohl darin, daß seit Hasse die juristische Unmöglichkeit eines Gesammteigenthums in dem früher damit verbundenen Sinn nachgewiesen hatte

Bayr. C. R. § 60, 8

nach seinem Vorgang das Rechtsverhältniß der Eigenthümer als das einer juristischen Person definirt wurde

C. R. § 60, 8; Duncker Gesammteigenthum 12

was von Hasse ursprünglich nur für die allgemeine Gütergemeinschaft angenommen von anderen namentlich Eichhorn in der erwähnten Weise ausgedehnt wurde.

Von diesem Standpunkt aus betrachtet war die von Beseler in den Erbverträgen entwickelte Anschauung nur eine andere Formulirung des Ausdrucks „Gesammteigenthum.“ Beseler nannte Genossenschaft, was Hasse und Eichhorn mystische oder moralische Person und was Justus Veracius dominium plurium in solidum genannt hatten.

Im Ganzen noch auf dem gleichen Standpunkt wie Beseler in den Erbverträgen steht Bluntschli Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich (1838), wo er § 19 in der Hauptsache sagt: „Das deutsche „Recht hat Vereinigungen, die weder Universitas noch Societas sind. „Während das Charakteristische der Universitas darin besteht, daß

„ein neues Rechtssubjekt künstlich erzeugt wird, vor welchem die „Rechte der Einzelnen verschwinden, ist es der Societas eigenthümlich, „daß hier die Herrschaft der einzelnen Gesellschaftsglieder vollständig „erhalten bleibt, und die Verbindung derselben keineswegs als Einheit „sich darstellt. Die Genossenschaften bewegen sich zwischen diesen „beiden Extremen; bald überwiegt das Element der Vereinigung zu „einem Ganzen bald die Rücksicht auf die besonderen Rechte der ein„zelnen Glieder. Jenachdem der eine oder andere Gesichtspunkt her„vorgehoben wird, kann auch dasselbe Recht und insbesondere das „Eigenthum bald der Genossenschaft bald den einzelnen Genossen zu„geschrieben werden z. B. die Allmende nach der einen Seite als „Eigenthum der Gemeinde nach der anderen als Eigenthum der „Hausväter anzusehen sein. Die Genossenschaft unterscheidet sich da„durch von der Universitas, daß die einzelnen Genossen Rechte auf „das Vermögen derselben haben. Dieß ist nur möglich durch den „Begriff des Gesammteigenthums."

Erst in der 1843 erschienenen Schrift „Volksrecht und Juristenrecht" dehnte Beseler den Gedanken weiter aus. Während er sich in den Erbverträgen in der Hauptsache noch auf Erläuterung derjenigen Institute beschränkt hatte, die er im Privatrecht von dem Begriff der Genossenschaft ausschied und unter den der materiellen Rechtsgemeinschaft stellte, hatte er dagegen in dem „Volksrecht" unter den Begriff der Genossenschaft alles subsumirt, was ihm von bestehenden Instituten mit dem von ihm aufgestellten Begriff der römischrechtlichen Universitas und der römischrechtlichen Societas nicht übereinzustimmen schien. Dahin rechnete er:

1. Genossenschaften von unmittelbarer politischer Bedeutung, wie den deutschen Bund, die fürstliche Familie, die Universitäten;

2. Genossenschaften der Grundbesitzer eines bestimmten Bezirks, wie die Markgenossenschaften und Deichverbände;

3. Kirchliche Genossenschaften;

4. Genossenschaften für Handel und Gewerbe (Aktiengesellschaften, Gewerkschaften, Rhederei);

5. Genossenschaften zur Beförderung der Communicationsmittel (Eisenbahncompagnien);

6) Genossenschaften gegen eine gemeinschaftliche Gefahr (Assekuranzgesellschaften, Wittwencassen);

7) Genossenschaften für religiöse, sittliche, wissenschaftliche Zwecke (Lesevereine, Clubs, Casino's);

8) Genossenschaften in der Familie (gesammte Hand, Ganerbschaft, eheliche Genossenschaft).

Die Veranlassung zu dieser Ausdehnung war eine doppelte, einmal der Umstand, daß Beseler für die Universitas des römischen Rechts Verhältnisse voraussetzte, welche notorisch für zahlreiche bei uns zu Recht bestehende Vereinigungen unanwendbar wären (Unzulässigkeit der Einräumung von Sonderrechten an dem gemeinschaftlichen Vermögen an die Mitglieder) und sodann, daß er für die unter 7. aufgeführten Vereine den selbstständigen Bestand ohne die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung deduciren wollte. Das Rechtsverhältniß charakterisirt er dabei in folgender Weise: „Die Genossen„schaft gehört zu den Corporationen. Diese unterscheidet sich durch „die Dauer von der Communio, von anderen juristischen Personen „durch das Personensubstrat. Sie theilt sich in Gemeinde und Ge„nossenschaft. Die erste ist an einen geographischen Bezirk gebunden, „bezüglich der letzteren ist ein Unterschied zwischen römischem und „deutschem Recht zu machen. Nach römischem Recht stehen sich Uni„versitas und Communio unvermittelt gegenüber, nach deutschem „Recht wird der Begriff der Universitas durch den der Communio „modificirt. Die Genossenschaft entsteht durch historische Entwicklung „oder Constituirung. Das letztere ist das gewöhnliche, wobei Staats„genehmigung nicht erforderlich ist. Die Vermögensverhältnisse ge„stalten sich in dreifacher Art: bei der einen Classe dient das Ver„mögen nur Vereinszwecken; dieß sind die juristischen Personen im „strengen Sinn. Bei anderen haben einzelne Mitglieder dingliche „Sonderrechte, so beim Deichverband und den Markgenossenschaften. „Bei den Dritten ist das Vermögen zugleich einheitliches Corporations„gut und im Miteigenthum der einzelnen Genossen nach dem Princip „der Communio. Das Eigenthümliche der Genossenschaft besteht also „darin, daß sich neben den Ansprüchen der Gesammtheit selbstständige „Sonderrechte der Einzelnen darstellen, oder daß doch die Vereinigung

„das Recht der Einzelnen zu einer Gemeinschaft zusammenführt. Der „Inbegriff dieser Vermögensrechte ist das Gesammteigenthum."

Auf dieser Grundlage hat sich die Lehre von der Genossenschaft ausgebildet, die jetzt, da Beseler seinen ursprünglichen Standpunkt verlassen hat, in dreifacher Richtung vorkommt:

1. Mit der ursprünglichen Fassung, die Beseler in dem „Volksrecht" für das Rechtsverhältniß aufstellte, stimmt in der Hauptsache die Definition überein, die Bluntschli in seinem Privat von dem Institut gibt. Bluntschli sagt in der ersten Auflage (1853) § 33 f in der Hauptsache Folgendes: „Zu den juristischen Personen gehören: Der Staat und die Gemein„den. Schon in den alten Gemeinden sind die beiden Hauptformen „erkennbar, nach welchen sich die Verbindungen von Menschen zu „juristischen Personen im deutschen Recht unterscheiden, nämlich die „Genossenschaft, welche mehrere einzelne Menschen in einer Gesammt„heit zu einem Ganzen verbindet, in dem die Theile sichtbar bleiben, „eine Verbindung, welche die verbundenen Subjekte nicht wegdenkt, „sondern zusammenfaßt — und die Corporation Universitas im Sinn „des römischen Rechts, welche ein neues Rechtssubjekt erzeugt, ver„schieden von den einzelnen Menschen, die nicht Theilhaber sind der „einen Persönlichkeit. Zu den ersteren werden gezählt die Mark„genossenschaften (Realgenossenschaften), die Ehegenossenschaft, Fa„miliengenossenschaft, der Deichverband, die Gewerkschaft, Gilden und „Zünfte, Versicherungsvereine, Leibrentenvereine, Privatverbindungen „zu allerlei Zwecken (wozu aber die Casino's ꝛc. nicht gehören, die „vielmehr eigentliche Corporationen sind, (§ 43)] Aktienvereine, die „Handelsgesellschaft (§ 38. 39). Alle diese Genossenschaften sind „juristische Personen, indem sie alle als ganze Gesammtsubjekte „organisirt sind, ein Vermögen haben, einen Gesammtwillen hervor„bringen, durch ihre Organe und Agenten klagen und als Ganze be„klagt werden können (§ 39). Die eigentlichen Corporationen sind „auch Verbindungen physischer Personen, werden aber nur als einfache „ideale Personen gedacht. Das Corporationsvermögen wird Gläubiger „und Schuldner und nicht, auch nicht unmittelbar und subsidiär, ihre „Mitglieder." Diese Lehre, die in den beiden folgenden Auflagen wiedergegeben ist, reproduzirt fast unverändert die Auffassung, die Beseler in seinem „Volksrecht" vertrat. Bluntschli steht damit allein,

da sich meines Wissens kein Civilist der neueren Zeit an seine Seite gestellt hat, denn Renaud, der in seinem Privatrecht (1848) § 58 schon vor Bluntschli die Auffassung in Beseler's Erbverträgen adoptirt hatte, hat ja, wie oben gezeigt, diese frühere Meinung ausdrücklich desavouirt.

2. Gleichzeitig mit Beseler und unabhängig von der in den Erbverträgen gegebenen Construktion hatte Wolff deutsches Privatrecht (1843) für dasselbe Verhältniß den Begriff der formellen oder collektiven Personeneinheit aufgestellt, wenn auch der technische Ausdruck bei ihm sich noch nicht findet, der vielmehr meines Wissens zuerst von Weiske Praktische Untersuchungen (1847) III. 145 angewendet wurde. Die Charakteristik die Wolff § 77 von diesem Institut gibt ist folgende: „Die übrigen Genossenschaften (außer „Gemeinden und Zünften) sind nicht juristische Personen, selbst dann „nicht, wenn sie vom Staate anerkannt sind und ihnen die Fähigkeit „eines Rechtssubjekts beigelegt ist. Ein allgemeines deutsches Ge„wohnheitsrecht hat diesen Genossenschaften eine freiere vom Staate „unabhängigere Stellung zugewiesen, namentlich den Grundsatz aner„kannt, daß bei Aufhebung dieser Genossenschaften deren Vermögen „nicht bonum vacans wird, welches dem Fiscus zufällt, sondern den „Genossen zur Vertheilung bleibt. Daß die ohne Autorisation des „Staats entstehenden Genossenschaften nicht für juristische Personen „im Sinne des römischen Rechts gelten, ist schon nach den Grund„sätzen dieses Rechts anzunehmen. Andererseits sind aber auch alle „diese Genossenschaften nicht Societäten. Ein gemeines Gewohnheits„recht hat nämlich a) die nach römischem Rechte jedem socius zu„stehende Befugniß des freiwilligen Austrittes, durch welchen die „Societät sofort aufgelöst wird, den Genossen abgesprochen; b) die „Geltendmachung der Rechte der Genossenschaft die Compensation so „wie alle Einreden, welche aus der Person einzelner Genossen herge„nommen sind, für unzulässig erklärt. Beide Sätze folgen ohnehin „mit Nothwendigkeit aus dem Zwecke der Genossenschaft, welche auf „die Dauer berechnet ist, und ohne jene beiden Grundsätze gar nicht „würde existiren können. Aus diesem Zwecke folgt ferner, daß die „rechtlichen Vertreter der Genossenschaft diese verpflichten und für sie „Rechte erwerben, auch aktiv und passiv zur Prozeßführung berechtigt

„sein müssen. In diesen Prozessen erscheint dte Genossenschaft als „Rechtssubjekt. Demnach stehen die Genossenschaften in der Mitte „zwischen juristischen Personen des römischen Rechts und den Socie- „täten; jedoch haben sie mehr mit jenen als mit diesen gemein. Wie „eine juristische Person erscheint die Genossenschaft als Rechtssubjekt; „bei Geltendmachung der Rechte dieses Subjektes können Einreden „aus der Person der Genossen nicht hergenommen werden; den Ein- „zelnen steht das Recht des freien Austritts nicht zu; während des „Bestehens der Genossenschaft sind Theilungsklagen unzulässig; aber „die von jenem Subjekt erworbenen Rechte kommen den Genossen „selbst zu Gute und werden unter sie vertheilt, so wie bei Auflösung „der Genossenschaft das ganze Vermögen derselben den Genossen zu- „gewiesen wird, oder den Gläubigern; diese haben nur ein Recht „gegen die Genossenschaften, nicht gegen die einzelnen Genossen, selbst „nicht bei Unzulänglichkeit des genossenschaftlichen Vermögens." Als die unter diesen Begriff zu subsumirenden Institute des jetzt geltenden Rechts führt Wolff § 64 auf: die Ehe — die Ganerbschaft — die Markgenossenschaft — Landstände — Ritterschaftliche Corporationen — Zünfte — Gewerkschaften — Salzbeerbte — Deichverbände — Kirchliche Genossenschaften — Freimaurerlogen — Studentenverbindungen — die Aktiengesellschaft. Hier bildet also die Genossenschaft nicht wie bei Beseler und Bluntschli eine Art der Juristischen Person, sondern ein Mittelglied zwischen dieser und der Communio.

Weitere Ausführung fand diese Idee in Weiske Praktische Untersuchungen III. (1847), der wie oben erwähnt auch zuerst dafür den seitdem üblichen Namen formelle oder collective Personeneinheit schöpfte, und wurde dann speciell für die Aktiengesellschaften und Handelsgesellschaften angenommen von Jolly das Recht der Aktiengesellschaften Z. f. d. R. XI. 317 f. (1847), Brinkmann Handelsrecht § 36 (1853) und zahlreichen anderen s. Renaud Recht der Aktiengesellschaften (1875) § 10. Bekanntlich hatte sich Unger Oesterr. P. R. § 42, 12 ursprünglich dieser Anschauung angeschlossen, hat aber später Kritische Ueberschau VI. 180 seine Ansicht modificirt und die betreffenden Vereinigungen einfach als juristische Personen erklärt.

3) Die neueste Phase in der Genossenschaftslehre rührt wieder von Beseler her, der zuerst in der ersten Auflage des deutschen

Privatrechts (1847) § 68 die Unterscheidung zwischen Genossenschaft und materieller Rechtsgemeinschaft aufgestellt und diese Unterscheidung auch in der dritten Auflage (1873) § 71 beibehalten hat. Darnach unterscheidet er 1) die sogenannten corporativen Genossenschaften, zu denen er die Familiengenossenschaft des hohen Adels, die Markgenossenschaft, die Wasser- und Wiesengenossenschaften, den Deichverband, die Zünfte, die Gewerkschaft, die Aktiengesellschaft, die Versicherungsvereine und Wittwenkassen und die sogenannten Erholungsgesellschaften rechnet und sie ganz als Corporationen charakterisirt. 2) Die materielle Rechtsgemeinschaft oder Gesammthand, die er bei der ehelichen Gütergemeinschaft der gesammten Hand im Lehenrecht und der Rhederei findet, und 3) die deutschrechtlichen Vereine, die im Allgemeinen dem römischen Societätsbegriff entsprechen, bei denen sich aber eine Hinneigung zur Corporation nicht verkennen läßt wie die offene Handelsgesellschaft. Er sagt dabei ausdrücklich: „Die Genossenschaft „ist nun zuvörderst von denjenigen Vereinen und Gemeinschaften zu „unterscheiden, welche über das Maß der obligatorischen Societät „hinausgehen und ein gewisses corporatives Element in sich tragen, „mit diesem durchwachsen sind, ohne doch als Corporationen ausge„bildet zu sein. Das unterscheidende Merkmal für diese Aussonderung „ist die juristische Persönlichkeit des Vereins; wo diese fehlt, ist eine „Genossenschaft in dem vorher bezeichneten Sinn nicht anzunehmen,“ — schließt also die unter 2 aufgeführte Gesammthand und die unter 3 aufgeführten deutschrechtlichen Vereine aus dem Institut und von der Bezeichnung Genossenschaft aus.

Vergleichen wir mit dem hier Aufgeführten die Stellung, welche das bezirksgerichtliche Erkenntniß einnimmt, so ergibt sich zur Evidenz, daß die in dem bezirksgerichtlichen Erkenntniß mit so großer Bestimmtheit ausgesprochene Behauptung einer gemeinrechtlichen Anerkennung des Instituts der Genossenschaft durch das Recht der Wissenschaft aller Begründung entbehrt. Nicht nur erklären sich, wie oben gezeigt, fast alle Civilisten, welche dieser Frage näher getreten sind, ausdrücklich dagegen, sondern es verbinden auch diejenigen, welche den Bestand eines derartigen Instituts annehmen, mit dem Ausdruck Genossenschaft unter sich und von der Auffassung im angefochtenen Erkenntniß abweichende Vorstellungen. Denn während Beseler und

Bluntschli darunter ausschließlich eine besondere Art juristischer Personen verstehen, hat Wolff, dessen Auffassung, wie man auf den ersten Blick sieht, für die Stellung des angefochtenen Erkenntnisses maßgebend war, die Genossenschaft ausdrücklich als ein zwischen universitas und societas stehendes Institut erklärt und sich dagegen verwahrt, daß sie zu den juristischen Personen zu rechnen sei, während die Vertreter seiner Ansicht seit Weiske selbst den technischen Ausdruck „Genossenschaft" für dieses zwischen universitas und societas stehende Institut vermeiden und dasselbe als collektive oder juristische Einheit oder Personeneinheit bezeichnen.

Es ist in dem vorliegenden Fall Gewicht darauf zu legen, weil das angefochtene Erkenntniß aus dem Umstand, daß der Ausdruck Genossenschaft in der bayrischen Prozeßordnung von 1869 sich findet, Schlüsse ziehen will (Erk. S. 22). Allerdings haben das neue Reichsrecht und die neueren Landesgesetzgebungen z. B. in Preußen, Bayern und Sachsen ein Institut der Genossenschaft ausgebildet, allein dieß ist ein Produkt der neueren Gesetzgebung, die keinen Rückschluß auf frühere Verhältnisse zuläßt, und am wenigsten bei der vorliegenden Sache in Betracht gezogen werden kann, da die Genossenschaften des neueren Rechts lediglich constituirte Vereine sind, die sich auf Grund eines Vertrags gebildet haben, und da die dafür erlassenen gesetzlichen Bestimmungen auf die Fälle der von Beseler so genannten materiellen Rechtsgemeinschaft in keiner Weise ausgedehnt werden dürfen.

So wenig aber das angefochtene Erkenntniß in seiner Begründung des Instituts überhaupt dem geltenden Recht entspricht, so wenig ist es gerechtfertigt, selbst die Grundlage als richtig vorausgesetzt, die damit verbundenen Schlüsse zu ziehen. Das Erkenntniß selbst constatirt, daß die maßgebenden Rechtsverhältnisse des Instituts in Ermangelung einer positiven Satzung mittelst innerer Rechtsgründe nämlich der sogenannten Rechtsquelle der Wissenschaft zu construiren seien (S. 18) und läßt das moderne Recht durch die Praxis nach den Bestimmungen gestalten, wie diese erfahrungsgemäß allen derartigen Vereinigungen theils gemeinsam sind, theils gemeinsam sein müssen (S. 21). Das logische Wesen der Genossenschaft aber findet das Erkenntniß darin, daß diese zwar an den Pflichten einer juristischen Person Antheil habe ohne jedoch der Befugnisse der-

selben theilhaftig zu sein (S. 20), und findet das Wesen der modernen Genossenschaft darin verkörpert, daß bei dieser sowohl das Vermögen der Vereinigung als das der einzelnen hafte (S. 46). Diese Haftverbindlichkeit der einzelnen Genossen wird als eine solidarische aufgefaßt, da in dem Erkenntniß A 2 (oben S. 8) neben der Gesammtfamilie alternativ die einzelnen männlichen Mitglieder der lehenrechtlichen Vereinigung solidarisch mit ihrem Allodialvermögen für die während der Dauer ihrer Betheiligung an den Lehensnutzungen angefallenen Nutzungen des Streitsobjekts als haftbar erklärt sind, und (S. 20) gesagt ist, daß bei der Genossenschaft die Execution nicht blos in das Vermögen der Vereinigung sondern auch in das aller Einzelnen stattfinden könne.

Diese Auffassung des angefochtenen Erkenntnisses widerspricht allen bisher aufgestellten Annahmen, indem alle diejenigen, welche bisher als Vertreter der Genossenschaftstheorie aufgetreten sind, in dieser Hinsicht gerade das Gegentheil behaupten. So sagt Beseler Pr. R. (III) §. 68. II: „Die selbstständige Persönlichkeit der Cor„porationen macht sich zunächst in ihren rechtlichen Beziehungen nach „außen hin geltend. Außerdem hat die Corporation als solche an „ihrem Vermögen wenn auch nicht immer das volle Eigenthum so „doch jedenfalls gewisse Proprietätsrechte, durch welche die Sonder„rechte der einzelnen Mitglieder beschränkt und zusammengehalten „werden, und in ihren obligatorischen Verhältnissen erscheint sie als „allein berechtigt und verpflichtet, so daß die einzelnen Mitglieder „nicht unmittelbar und nicht über ihre verfassungsmässigen Einschüsse „und Beiträge wegen der Schulden verhaftet sind." (Bluntschli) Züricher Gesetzbuch Anmerkungen zu § 49: „Das Concursverfahren „zerstört die öffentlichen Corporationen nicht, da deren Fortbestand „im öffentlichen Interesse liegt. Daher können denn auch die Mit„glieder dieser Corporationen angehalten werden, durch Steuern und „Beiträge die Solvenz der Corporation, z. B. der Gemeinde, herzu„stellen. Aber es zerstört die bloß privatrechtlichen Corporationen, „die Genossenschaften inbegriffen. In dem Concurse wird das Cor„porationsvermögen nun zur Concursmasse und dient zur Deckung „der Corporationsgläubiger. Die einzelnen Mitglieder der Corpora„tion werden weder persönlich noch mit ihrem Privatvermögen dabei

„betroffen." Renaud P. R. § 58: „sowie auch der römische Satz: „quod universitas debet, singuli non debent und umgekehrt auf „die deutschrechtlichen Corporationen anwendbar ist." Wolff Privatrecht § 77: „sowie bei Auflösung der Genossenschaft das ganze Ver„mögen derselben den Genossen zugewiesen wird oder den Gläubigern; „diese haben nur ein Recht gegen die Genossenschaft nicht gegen die „einzelnen Genossen, selbst nicht bei Unzulänglichkeit des genossen„schaftlichen Vermögens." Weiske Abhandlungen III. 150: „Aber „auch die jetzt so allgemein anerkannte Verbindlichkeit der Mitglieder „sich durch die Corporation selbst zum Besten der letzteren oder ihres „Vermögens besteuern zu lassen, ist eine einheimische Rechtsidee. „Denn nach römischem Rechte konnten die singuli wenigstens als „solche nicht verpflichtet sein, für das zur Aushilfe mit ihrem Ver„mögen aufzukommen, was der Universitas mangelte; noch jetzt wird „dieß Niemand den Verwaltern einer Stiftung ansinnen. Das Ge„sagte scheint nun aber das Bedenken, welches wir gleich jetzt noch „zu erledigen haben, mehr zu erschweren, als zu lösen. Dieses besteht „nämlich darin, daß bei der deutschen Auffassung der Stellung der „Mitglieder zu dem Corporationsvermögen eine Vermischung der „eigenen privaten Vermögensverhältnisse mit denen der Corporation „sehr leicht eintreten zu können scheint, der allerdings nach römischem „Rechte genügend vorgebeugt ist, da hier die Mitglieder bloße Cura„toren fremder Vermögensverhältnisse sind. Dieser Schwierigkeit hat „aber das deutsche Recht durch eine von ihm sehr ausgeprägte Rechts„ansicht vollkommen ausreichend abgeholfen. Es ist nämlich hinläng„lich bekannt, daß unser Recht mit der Idee sehr vertraut ist, daß „Jemand verschiedene Gütercomplexe haben kann, die doch namentlich „in Bezug auf das Schuldenwesen als völlig von einander rechtlich „getrennt erscheinen, obschon jene derselben Person gehören. Das „bekannteste und ausgebildetste Beispiel der Art haben wir in dem „einer Person zustehenden Lehens- und Allodialvermögen. Hier ist „das Lehengut für den Allodialgläubiger, wenn er auch aus dem „Allod nicht befriedigt werden kann, der Strenge des Lehenrechts zu„folge so gut wie gar nicht vorhanden; auch ergreifen allgemeine „Hypotheken nur das Allod und nicht das Lehen. Ganz dasselbe „finden wir auf dem Gebiete des Bergrechts wieder; auch hier kann sich

„der gewöhnliche Allodialgläubiger durchaus nicht an das Bergver-
„mögen seines Schuldners halten; königl. sächs. Bergordn. v. 1589
„Art. 1: Da sichs aber zutrüge, daß einer — einige Schuld gemachet
„hätte, und zu dessen Bergtheilen geklagt würde, so soll nicht zu den
„Bergtheilen, sondern zu seiner des Gewerken Person geholfen werden.
„Noch leichter als bei diesen verschiedenen, einer Person zugehörenden,
„Gütern läßt sich gewiß der gedachte Grundsatz der juristischen Ab-
„sonderung hinsichtlich der Privatgüter der Mitglieder und der Cor-
„porationsgüter durchführen. Wie der Lehensmann kein freies Ver-
„fügungsrecht über das Lehen hat, sondern nur mit Einwilligung
„des Herrn und der Agnaten, so haben auch die Mitglieder hinsicht-
„lich der Corporationsgüter ein solches nicht, indem es des Corpora-
„tionsbeschlusses bedarf, und wie in Rücksicht auf das Schuldenwesen
„freies Allod, Lehen, Bergvermögen u. s. w. streng gesondert er-
„scheinen, so ist es auch in Bezug auf das Privatvermögen des Mit-
„gliedes und das Corporationsvermögen. Ist dieses dem Gläubiger
„verpfändet, so erschienen, wenigstens nach dem früheren einheimischen
„Rechte, die Mitglieder schon deßhalb außer allem Anspruch, weil
„eben dieses Pfandrecht von der Natur war, daß durch die Bestellung
„desselben der Schuldner persönlich frei wurde, indem statt seiner die
„verpfändete Sache so eintrat, daß sich der Gläubiger nur durch diese
„befriedigen konnte, seiner Forderung also durch den Uebergang jener
„verlustig wurde. Macht die Corporation Schulden oder hat sie
„sonst einen Gläubiger, so kann sich dieser deßhalb weder an den
„Einzelnen für seinen etwaigen Antheil halten, noch auch für das
„Ganze (denn die Mitglieder einer Corporation sind keine Correal-
„schuldner), weil die einzelnen Mitglieder in Folge der Corporations-
„gewalt und ihrer Organisation, mit dem Gläubiger nicht wie socii
„einer societas in unmittelbarer Berührung stehen; aber ebensowenig
„haften auch alle Mitglieder als Einzelne. Entsteht also Concurs zu
„dem Vermögen der Corporation, so berührt dieser die Mitglieder
„und ihr Vermögen durchaus wenigstens nicht unmittelbar. Bei der
„Stellung der singuli zur Universitas versteht sich eben dasselbe
„ganz von selbst, indeß sagt es auch folgende von E. Heimbach uns
„mitgetheilte Stelle ausdrücklich. Hermeneia ad L. 1. D. quod
„cuiusque univers. (3. 4.) in Basil. VIII. 2. 101. ed Himbach. I.

„p. 419. So ist denn der römische Satz: quod universitas debet, „singuli non debent und umgekehrt, seinem Inhalt nach durchaus „auch auf die deutschrechtliche Corporation anwendbar, nur daß er „für das römische Recht seinen Grund darin hat, daß die Universitas „und die singuli zwei verschiedene Rechtssubjekte sind, deren Schulden „einander nichts angehen, während ihn das deutsche Recht daraus „herleitet, daß dieselben Rechtssubjekte Sondergüter haben, die nur „von den auf sie gemachten Schulden ergriffen werden.“ Schüler Juristische Abhandlungen I. 249: „Man wird sich dann auch über„zeugen, daß Genossenschaften mit Vermögensrechten (wie sie eigent„lich den nächsten Gegenstand dieses Aufsatzes nicht ausmachen), „namentlich Klubbs und Vereine für Lektüre, für gesellschaftliche Ver„gnügungen, für Kunst, für industrielle oder landwirthschaftliche für „religiöse oder confessionelle Zwecke (Bibelvereine, Gustav-Adolph„Stiftung u. s. w.), für gegenseitige Belehrung und dergleichen, min„destens dann, wenn nach der Verfassung des Vereins die Mitglied„schaft und die damit verbundenen Vermögensrechte nicht auf die „Erben eines gestorbenen Mitglieds übergehen und nicht cedirt wer„den können, sondern mit dem Tode oder dem Austritt eines Mit„gliedes erlöschen, und wenn dagegen neue Mitglieder fortwährend „aufgenommen werden können, keineswegs unter den Gesichtspunkt „einer bloßen societas oder communio mit ideellen Theilen der Mit„glieder gebracht werden können, sondern daß sie eine wirkliche juri„stische Person, eine Genossenschaft, welche als eine Einheit des Rechts„subjekts anzusehen ist, bilden. Wollte man in einem solchen Verein „eine bloße communio, ein Miteigenthum der Mitglieder zu ideellen „Theilen finden, so wäre ein Mitglied einer Casinogesellschaft von „60 Mitgliedern zu $^1/_{60}$ Miteigenthümer des der Gesellschaft eigen„thümlich zugehörigen Meublements, Billards u. s. w. Würden nun, „vielleicht ohne Zustimmung eines einzelnen Mitglieds, 10 neue Mit„glieder aufgenommen, so würde jenes Mitglied nur noch zu $^1/_{70}$ „Miteigenthümer sein, und es wäre ihm also sein Miteigenthumsrecht „theilweise entzogen; wenn dagegen 20 Mitglieder ausscheiden, so „wäre ihm um so viel Miteigenthumsrecht zugewachsen. Wäre man „wirklich als Miteigenthümer anzusehen, so würde man das Mit„eigenthumsrecht nicht dadurch verlieren, daß man in eine andere

„Stadt zieht und dadurch aufhört, Gesellschaftsmitglied zu sein; das „Miteigenthumsrecht pro rata würde auch nicht durch den Tod er= „löschen, sondern auf die Erben übergehen. Hätte ferner eine Casino= „gesellschaft etwa ein Lokal auf sechs Jahre gemiethet, wollte aber „nach vier Jahren, wo sie vielleicht aus ganz anderen Mitgliedern „besteht, die Miethe nicht halten, so kann der Vermiether gewiß nur „die Gesellschaft selbst als Ganzes mithin als juristische Person auf „Erfüllung des Miethcontraktes belangen; die jetzigen Mitglieder als „Einzelne schon deßhalb nicht, weil sie nicht mit ihm contrahirt haben; „wollte man jedoch eine bloße societas ohne eigene Persönlichkeit an= „nehmen, so würde er die ehemaligen Mitglieder resp. deren Erben „belangen müssen, welche oft gar nicht im Stande sind, die Miethe „zu erfüllen, oder welche dadurch gezwungen würden, Gesellschafts= „mitglieder zu werden und zu bleiben. Hätte die Gesellschaft Schul= „den, so würden die Gläubiger jedesmal um ihre Zustimmung ge= „fragt werden müssen, wenn ein Mitglied aus= oder ein anderes ein= „tritt, indem sich Niemand die Substituirung eines andern Schuldners „gefallen zu lassen braucht. Besäße die Casinogesellschaft ein Haus „oder ein sonstiges Immobile, so würde jedes neu eintretende Mit= „glied die gerichtliche Lehnsreichung zu seinem Antheil erhalten, in die „Erbbücher und dergl. eingetragen werden müssen, und jedes aus= „scheidende Mitglied würde den Zurückbleibenden zu seinem Antheil „die Lehn auflassen müssen. Und doch sehen wir von allem diesem „das Gegentheil."

Einstimmig nehmen also die Vertheidiger der Genossenschafts= theorie das Gegentheil von dem an, was das angefochtene Erkenntniß in der Rechtsquelle der Wissenschaft gefunden haben will. Das gleiche Resultat ergibt sich, wenn, wie die Bestimmungen für die „ähnlichen Vereinigungen" vergleichen, welche nach der Annahme des Erkenntnisses der Praxis zur Construktion des „anderen modernen Rechts" zu dienen haben, indem diese allen derartigen Vereinigungen theils gemeinsam sind, theils gemeinsam sein müssen (S. 21). Vergleichen wir die einzelnen Institute, wie sie von Beseler, Bluntschli und Wolff unter den Gesichtspunkt der Genossenschaft gestellt werden, so ergibt sich folgendes Resultat: 1) Aktiengesellschaften. Daß schon vor der Regulirung der Verhältnisse derselben in dem Handelsgesetz=

buch den Gläubigern nur das gemeinsame Vermögen der Gesellschaft haftete und der Aktionär, d. h. derjenige, welcher die Aktie voll eingezahlt, zu keinerlei weiterer Leistung angehalten werden konnte, ist notorisch und bedarf keiner weiteren Erörterung.

2) Die Gewerkschaft. Bei der Gewerkschaft war nach früherem Recht eine Haftung der einzelnen Gewerken mit ihrem Allodialvermögen überhaupt nicht gegeben, Weiske Praktische Untersuchungen 111. 151, und erst die spätere Gesetzgebung führte eine subsidiäre Haftung ein.

s. mein Bayr. Civilrecht § 267, 4 f.

Auch nach neuerem Recht ist eine solidarische Haftung der einzelnen Gewerken nicht gegeben, und diese können sich der Verpflichtung die auf sie entfallenden Beiträge zur Deckung der Zubuße zu bezahlen durch Ueberlassung ihrer Kuxe an die Gewerkschaft entziehen. s. mein Bayr. Civilrecht § 272, 31 und § 274, 34.

3. Der Deichverband. Bei diesem, dessen Rechtsverhältniß sich in dem Vertheilungsmodus der Lasten concentrirt, findet sich nach langjähriger Uebung eine doppelte Art der Regulirung der Beitragspflicht, die sich auch in unsere neuere Gesetzgebung übertragen hat, die Pfanddeichung, wobei den einzelnen Grundbesitzern der sie treffende Theil des Deiches zur eignen Unterhaltung zugewiesen wird, und der Communionfuß, wobei der Deich im Ganzen von der Genossenschaft unterhalten wird, und die einzelnen Grundbesitzer nur verhältnißmäßig zu den Kosten beitragen.

Beseler P. R. § 201, 13—15.

4) Versicherungsgesellschaften finden sich bei uns in doppelter Weise als Aktiengesellschaften oder auf Gegenseitigkeit. In dem letzteren Fall ist der Versicherte zugleich Versicherer aber nirgends mit Solidarhaft, sondern mit Haftung nach dem Verhältniß seiner Betheiligung

Staudinger Lebensversicherungsvertrag 1858, 153;
Endemann Handelsrecht § 174, 10;
Beseler D. P. R. § 111, 6.

5. Rhederei. Die Haftverbindlichkeit der Mitrheder vertheilt sich nach den Schiffsparten, es liegt also ein Verhältniß wie bei der Ge-

werkschaft vor. Eine solidarische Verpflichtung der Einzelnen ist nur auf Grund besonderer Vereinbarung gegeben

Beseler D. P. R. § 253, 10.

6. Die Ehegenossenschaft. Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft die hier allein in Betracht kommen kann, ist die solidarische Haftung der beiden Ehegatten durchaus nicht allgemein anerkannt, indem zahlreiche Statuten, vor allem das Preußische Landrecht für einseitige Eheschulden den anderen Theil nur mit dem gemeinsamen Vermögen haften lassen

s. mein Bayr. Civilrecht § 61, 55.

7. Vereine zu geselligen Zwecken. Das Erkenntniß hebt S. 18 hervor, daß „bei den zahllosen Casino's, Kunst- und Turnvereinen, „Consum- und Produktionsgenossenschaften der Bestand mit jedes- „maliger Auflösung bei dem Absterben oder Austritt eines der zahl- „reichen Mitglieder kaum denkbar wäre," und S. 21 „einem großen „Kunstverein dessen täglich wechselnde Mitglieder über ganz Europa „zerstreut sein mögen, wäre es absolut unmöglich bei Rechtsverletzungen „einen Prozeß zu führen, wenn nach der Bestimmung der römischen „Societas sämmtliche Theilnehmer die Vollmacht zum Prozeß er- „theilen müßten, während eine Vollmacht von allen Theilhabern ein- „fach nie zu erwirken wäre." Was hier in Bezug auf die Prozeß- vertretung gesagt ist, gilt noch viel mehr von der in dem Erkenntniß angenommenen Solidarhaft. Keine derartige Vereinigung würde be- stehen können, wenn es den Gläubigern gestattet wäre, alternativ das Vermögen des Vereins oder das jedes einzelnen Mitglieds in Anspruch zu nehmen, z. B. die Zahlung für ein angekauftes Bild statt aus der Vereinskasse von einem einzelnen Mitglied zu verlangen. Nicht einmal eine subsidiäre Solidarhaft der einzelnen Mitglieder wäre mit dem Bestand solcher Vereinigungen vereinbar. Dieß ist am deutlichsten in dem bekannten Aufsatz von Schüler in Juristischen Abhandlungen von Ortloff Jena 1847 I. 223 f. hervorgehoben. Hiezu bemerkt Schüler S. 251 Note 18: „Ein Weinhändler klagte „gegen die Erben des S. zu M., welcher früher als Casinodirektor „und Namens der Gesellschaft Wein gekauft, diesen aber wegen einer „Differenz nicht bezahlt hatte, auf Bezahlung des Kaufgeldes; das „O.-A.-Gericht zu Jena wies die Klage als gegen diese Beklagten

„unstatthaft ab, indem Kläger die Casinogesellschaft hätte belangen „müssen. Der Casinodirektor zu H. hatte dem Pachtwirth der Ge- „sellschaft die Wirthschaft vor Ablauf der bedungenen Zeit aufgekün- „digt und ihn ausgetrieben; der Pachtwirth belangte den Casino- „direktor persönlich auf Schadensersatz; allein das O.-A.-Gericht zu „Jena verwarf die Klage angebrachtermassen, weil nicht aus derselben „zu ersehen sei, ob nicht der Casinodirektor vermöge eines Beschlusses „der Gesellschaft den Pachtwirth ausgetrieben habe, in welchem Fall „auch nur die Gesellschaft, welche den Contrakt abgeschlossen gehabt „habe, auf Schadensersatz wegen nicht ausgehaltener Pachtzeit be- „langt werden könne, da auch ein sonstiger Grund, aus welchem der „Direktor persönlich haften müsse, nicht angegeben sei. Der Stadt- „musikus zu B. verklagte die dasige Erholungsgesellschaft wegen ver- „weigerter Abgabe von fremder Tanzmusik; die vom Vorstand der „Gesellschaft nach Maßgabe der Gesellschaftsstatuten ausgestellte Voll- „macht wurde für genügend und der Beschluß der Mehrheit der „Mitglieder auch für die Minderheit bindend erachtet. Könnte man „es im Ernste für zulässig und ausführbar halten, die Gesellschafts- „mitglieder in einem solchen Prozeß als Einzelne, als bloße Litis- „consorten zu behandeln? Wie nun, wenn der Stadtmusikus gegen „einen Theil der Gesellschaftsmitglieder den Prozeß gewonnen, „gegen den andern Theil verloren hätte, weil vielleicht Einige die „Klage einräumten, Andere den über deren Grund deferirten Eid ab- „leisteten? Und wie ferner, wenn dann die jetzigen Mitglieder all- „mählig abgegangen und dagegen Andere in die Gesellschaft einge- „treten wären?“

Es wäre nicht schwer, die Grundlosigkeit der Behauptung, daß bei derartigen Vereinigungen die Exekution nicht nur in das Vermögen der Vereinigung sondern auch in das Sondervermögen aller einzelnen stattfinden könne (Erk. S. 20) durch weitere Belege nachzuweisen. Ich will aber hier nur die Aeußerungen zweier Vertreter der Genossenschaftstheorie anführen, welche für solche Vereinigungen den in dem angefochtenen Erkenntniß formulirten Rechtssatz ganz bestimmt verwerfen. Bluntschli P. R. § 40 Nr. 6: „Selbst für die „rein privatrechtlichen Corporationen z. B. zu geselligen oder wissen- „schaftlichen Zwecken fordert eine sehr verbreitete Meinung unserer

„Rechtsgelehrten die staatliche Genehmigung. Sie beziehen sich dabei „hauptsächlich auf die Vorschriften des späteren römischen Rechts, „welche allerdings für alle eigentlichen Corporationen eine Erlaubniß „des Staates verlangen. Allein diese aus politischen Gründen später „— in der alten Zeit hatte auch das römische Recht andere „Grundsätze darüber — erlassenen Gesetze, Senatusconsulte und „kaiserlichen Constitutionen, durch welche das geordnet wird, und „welche uns nicht einmal näher bekannt sind, haben ihre legale „Autorität mit dem Untergang des altrömischen Reichs verloren, und „das in ihnen enthaltene politische Princip kann umsoweniger heute „noch anerkannt werden, als das neuere Staatsrecht sogar — was „sicherlich für den Staat viel bedenklicher ist als die Entstehung rein „vermögensrechtlicher juristischer Personen — politische Vereine und „Clubs zuläßt ohne alle Genehmigung der Regierung im einzelnen „Fall. Der Umstand, daß diese eine Vereinskasse haben, welche nicht „den einzelnen Mitgliedern zugehört, auch nicht zu ideellen Theilen, „daß sie vielleicht als Vereine ein Lokal miethen, daß sie Diener an„stellen u. dgl., das allein erhebliche Moment für die privatrechtliche „Existenz einer juristischen Person, ist für den Staat völlig gleich„gültig, die politische Wirksamkeit dagegen solcher Vereine von großem „Interesse. Wie wäre nun zu reimen, daß jene Vereine in jener „erstern privatrechtlichen Beziehung der Staatsgenehmigung bedürfen „sollten, in dieser letztern politisch-wichtigen dagegen ohne solche ent„stehen und agiren können? Auch andere freiwillige Corporationen „kennt das Leben in großer Anzahl. Es gibt viele Bibliothekgesell„schaften, Casinos, Museen, rein gesellige Clubs, Freimaurerlogen, „Unterstützungsvereine und derartige Verbindungen, die sich statuten„mässig organisirt haben, und ein Vermögen besitzen und verwenden, „an welchem die einzelnen Mitglieder keinen Theil haben, noch haben „wollen, welches sie durchaus einheitlich und ausschließlich der Ge„sammtpersönlichkeit znschreiben; Verbindungen, welche durch ihre „Organe — Vorsteher, Versammlungen — den corporativen Willen „aussprechen, und deren Glieder wechseln, ohne daß dieser Wechsel „irgend einen Einfluß übt auf die Existenz der idealen Person, welche „von den Mitgliedern selbst und von dritten Personen im Verkehr „als das wahre und eigenthümliche Rechtssubjekt gedacht wird. Derlei

„Verbindungen entstehen heutzutage überall, auch ohne einen besonderen „Akt der Staatsautorität durch den constituirenden Willen der Mit„glieder, und sie sind um ihrer Existenz willen im privatrechtlichen „Sinn des Wortes universitates, Corporationen. Die leider so oft „verkannte Aufgabe unserer Jurisprudenz aber ist es, derartige Rechts„bildungen des neuen Lebens zu erkennen und zu schützen, nicht die„selben nach engen und abstrakten Schulbegriffen zu bemessen, und, „wenn sie nicht in die alten Formeln passe, zu verstümmeln oder zu „zerstören." und § 42 Nr. 6: „Unbedenklich kann die Corporation „Eigenthum an fahrender Habe und andere dingliche Rechte jeder Art „erwerben. Auch Nießbrauch und Gebrauchsrechte — sie kann z. B. „als Corporation ein Lokal (Zunfthaus) bewohnen, also auch ge„brauchen — Besitz ergreifen und haben u. s. f. Im Obligationen„recht ist sie fähig, Forderungen zu erwerben und Schulden einzu„gehen. Die einzelnen Glieder haben weder an jenen noch an diesen „Theil. Sie allein ist dinglich und obligatorisch berechtigt, nicht in „ihr auch die einzelnen Glieder, sie allein Schuldner." Kuntze Prinzip und System der Handelsgesellschaften in Goldschmidt Z. f. H. R. VI. 227: „Von persönlicher Verbindlichkeit der Genossen für die „Vereinsschulden kann hier an und für sich nicht die Rede sein, denn „nicht die Genossen als einzelne oder Gesammthänder, sondern nur „die Vereinsperson und deren Organe contrahiren und stellen Insti„toren an; zunächst haftet daher nur die Vereinsperson mit ihrem „Vermögen für die Schulden, die ihre eignen (nicht die der Genossen) „sind. Allein es kann zu mehrerer Sicherheit des Vereinsunternehmens „im Statut bestimmt sein, daß die Genossen verpflichtet sind, die von „der Vereinsperson contrahirten Schulden in subsidium d. h. im „Falle der Insuffizienz des vorhandenen Vermögensbestandes zu „tragen. Dieß ist eine Verpflichtung gegenüber der Vereinsperson „selbst (nicht den Dritten, welche Gläubiger sind); die Genossen sind „verpflichtet, mit ihrem Privatvermögen der Vereinsperson beizu„springen, deren Kredit aufrecht zu halten und die deren augenblick„liche Kräfte übersteigenden Schulden zu tragen. Nicht die Vereins„gläubiger, sondern die Vereinsperson selbst hat hierauf eine Klage „gegen die Genossen; die Vereinsgläubiger rücken nur im Wege des „Konkurses in dieses Klagerecht ein."

Also nur auf Grund besonderer Festsetzung und nur in dem aus dieser sich ergebenden Umfang ist nach dieser Anschauung eine Haftung der Einzelnen überhaupt begründet, und zwar ist diese nicht den einzelnen Gläubigern sondern nur dem Verein gegenüber gegeben, d. h. die einzelnen Mitglieder haften dem Verein mit den statutenmäßigen Beiträgen, ein Verhältniß, das sich ja in ganz gleicher Weise bei den juristischen Personen überhaupt findet. Stobbe D. P. R. § 53. VI: „Für die Verbindlichkeiten und Schulden „der juristischen Person steht an sich nur deren Vermögen ein. „Indessen gibt es auch juristische Personen, bei welchen in Folge von „Gesetz oder Statut die einzelnen Mitglieder in subsidium mit ihrem „Vermögen verhaftet sind. Es besteht hier eine gesetzliche und statu„tarische Verhaftung für die Schuld eines Dritten. Doch ist dies „Verhältniß der Einzelnen zur Gesammtheit kein Grund, um diese „Vereine nicht für juristische Personen sondern für Gesellschaften zu „erklären. Denn die Verbindlichkeit lastet nicht principaliter auf den „Einzelnen; sie sind nicht die verpflichteten Subjekte, sondern stehen „nur in subsidium für die Schulden der juristischen Person ein, „wie ein Vater für den Haussohn, der Ehemann für die Ehefrau „haftet.“

Es ergibt sich aus Vorstehendem, daß das gemeine Recht in seiner früheren Entwicklung keinerlei Anhaltspunkt für die Voraussetzungen bietet, von denen das angefochtene Erkenntniß ausgeht. Es liegt weder eine allgemeine Anerkennung eines zwischen universitas und societas in der Mitte stehenden Instituts der Genossenschaft vor, noch hat es bei uns je ein Rechtsinstitut wie das in dem bezirksgerichtlichen Erkenntniß erwähnte gegeben, welchem die Pflichten der juristischen Person obliegen, ohne daß es der Rechte derselben theilhaftig wäre. Der Standpunkt, den das Erkenntniß einnimmt, ist nach zwei Seiten hin verfehlt. Es ist eine veraltete und längst aufgegebene Anschauung, daß sich materielle Rechtsgemeinschaft und constituirter Verein unter einem gemeinsamen Gesichtspunkt zusammenfassen lasse, daß Realgemeinde und Casino nach den gleichen durch Gewohnheitsrecht oder Praxis ausgebildeten Grundsätzen zu beurtheilen sei. Zwar tritt bei beiden die gleiche prozessualische Frage, inwieferne sie prozessualisch einheitlich vertreten werden, in den Vordergrund,

dagegen ist civilrechtlich die Stellung beider eine verschiedene. Denn während bei den ersteren die Geltendmachung der den Einzelnen zustehenden Rechte den Mittelpunkt der Vereinigung bildet und das Wesen des Rechtsverhältnisses ausmacht, ist bei den letzteren die Frage, inwieferne die Haftung der einzelnen Mitglieder begründet, ob diese nur auf das gemeinsame Vermögen beschränkt, oder ob sie auch eine persönliche und in dem letzteren Fall ob sie eine solidarische sei die Hauptsache; und gerade in letzterer Beziehung stellt sich das angefochtene Erkenntniß, wie oben nachgewiesen, mit allen bisherigen Annahmen und mit der Entwicklung bei den einzelnen hier einschlagenden Instituten in direkten Widerspruch.

Es tritt dieß noch bestimmter hervor, wenn wir die neueste Rechtsentwicklung in Betracht ziehen. Das Reichsgesetz 4|7 1868, welches jetzt für das ganze deutsche Reich und durch Ausdehnung in der Verfügung von 1|8 1873 (Gesetz- und Verordnungsblatt 1874 S. 2) auch für Bayern maßgebend ist, hat für die eingetragenen Genossenschaften die Solidarhaft der einzelnen Mitglieder für die Verpflichtungen der Genossenschaft bestimmt. Indem es zugleich § 71 vorschreibt, daß die Bestimmungen des Gesetzes auf nicht eingetragene Genossenschaften keine Anwendung leiden, ist also ausgesprochen, daß die Solidarhaft der einzelnen Mitglieder nicht eine sich von selbst verstehende Eigenschaft dieses Instituts bilde, sondern zunächst auf der statutenmäßigen Feststellung beruhe, deren Vorhandensein nach dem Gesetz die Voraussetzung der Eintragung bildet. Soweit ein Verein nicht als Genossenschaft eingetragen ist, regelt sich demnach sein rechtliches Verhältniß nach dem vor dem Genossenschaftsgesetz 4|7 1868 geltenden Recht.

Aus dem Umstand indessen, daß wie in der vorstehenden Entwicklung nachgewiesen die Existenz eines zwischen universitas und societas in der Mitte stehenden Instituts der Genossenschaft keineswegs allgemein anerkannt ist, ist nicht zu folgern, daß alle Vereinigungen, welche nicht als universitates im technischen Sinn erscheinen, in allen ihren Rechtsverhältnissen ausschließlich nach den Grundsätzen zu beurtheilen seien, welche das römische Recht für die societas aufstellt, es ist vielmehr keinem Zweifel unterworfen, daß durch Festsetzung für die

einzelne Vereinigung Modifikationen begründet sein können. Die hier zunächst in Betracht kommenden Fragen sind:

1) Inwiefern kann ein derartiger nicht eingetragener Verein der nicht als eine societas nach den Vorschriften des römischen Rechts erscheint, sondern seine Rechtsverhältnisse durch statutarische Festsetzung besonders geregelt hat, prozessualisch als Einheit behandelt werden?

2) Welche Rechtsgrundsätze gelten hinsichtlich der Haftung der einzelnen Mitglieder?

Beide Fragen werden neuerdings auch von denjenigen, welche derartige Vereine nicht als Unterart der Corporationen auffassen, analog den für diese geltenden Bestimmungen beurtheilt, indem man annimmt, daß es nicht unthunlich sei, die betreffenden Rechtsverhältnisse durch statutarische Festsetzung mit Wirksamkeit auch Dritten gegenüber in solcher Weise zu regeln. Was nämlich:

1) Die prozessualische Vertretung anbelangt, so wird neuerdings auch gemeinrechtlich angenommen, daß Vereine auch ohne juristische Persönlichkeiten zu sein auf Grund ihrer Organisation als ein einheitliches Rechtssubjekt auftreten können, indem sie nur in den Personen ihrer bevollmächtigten Vertreter belangt werden und klagen können. Namentlich wird dieß überall da anzunehmen sein, wo Dritte in Vertragsverhältnisse mit derartigen Vereinen getreten sind und sich damit den organischen Einrichtungen des Vereins unterworfen haben, zu denen namentlich auch gehört, daß der Verein ausschließlich durch seine Vorstände vertreten werde. So sagt ein beachtenswerthes Erkenntniß des O.-H.-Gerichts in Leipzig 1/12 1871 Seuffert Archiv XXVI. 395: „Es kann sich demnach nur fragen, ob „die beklagte Gesellschaft, abgesehen von den Bestimmungen des „H.-G.-B. als ein selbstständiges Rechtssubjekt gültig belangt werden „konnte, oder ob die Klage gegen die einzelnen Mitglieder zu richten „war? Bei Beurtheilung dieser Frage müssen die Principien des „gemeinen Rechts maßgeben. Wie das A. G. mit Recht anerkannt „hat, ergab sich schon längst die Ueberzeugung, daß sich im Gebiete „des Vereinswesens der römischrechtliche Begriff der societas nicht „überall in voller Strenge durchführen lasse, da für die vielgestaltige „und formenreiche Entwicklung des Vereinslebens in Deutschland

„dieser enge Begriff nicht genügte. Bei Vereinigungen gewisser Art, „welche nach ihren Zwecken, nach der Art ihrer Verfassung und Ver„waltung, insbesondere nach der Stellung, welche die einzelnen Mit„glieder der Gesammtheit gegenüber einnehmen, und nach der Art des „Auftretens dieser Gesammtheit im Verkehre sich thatsächlich der „Stellung einer Corporation im römischrechtlichen Sinne nähern, „wendete daher das deutsche Gewohnheitsrecht für diese geltende „Grundsätze an, auch wenn ein Akt der Staatsgewalt, welcher die „juristische Persönlichkeit förmlich verleiht, nicht vorliegt. Namentlich „gilt dies für die Fähigkeit solcher Vereine, unter einem Gesammt„namen als Kläger oder Beklagte in Rechtsstreitigkeiten aufzutreten. „Was nun den vorliegenden Fall betrifft, so treffen bei der beklagten „Genossenschaft alle Merkmale zu, um ihr die bezeichnete Ausnahms„stellung einzuräumen. Dieselbe trat im Verkehr überall unter einem „besondern Namen auf, hat ihren besondern Wohnsitz und besondern „Gerichtsstand, verfügt durch Majoritätsbeschlüsse ihrer General„Versammlung, es ist ihre Vertretung sowohl in Geschäften als vor „Gericht bestimmt und umständlich geregelt, und sie besteht unab„hängig vom Eintritte und Austritte einzelner Mitglieder. Hierzu „kommt, daß ihre Statuten ausdrücklich von der Staatsgewalt ge„nehmigt, also ihr Bestehen in der durch die Statuten geregelten „Form von dieser anerkannt worden ist. Nimmt man daher an, daß „bei Genossenschaften der Art, wie die hier vorliegende, im Allge„meinen die für die societas geltenden Grundsätze maßgebend seien, „so muß man doch auch von diesem Standpunkt aus zugestehen, daß „die Gesellschafter, sowie sie in ihrer Gesammtheit im Verkehr auf„treten, auch in ihrer Gesammtheit in Prozeß gezogen werden dürfen" und ebenso ein solches 5/12 1871 Seuffert XXVI. 325: „so ist doch „nach gemeinem Recht, auch außerhalb des Handelsverkehrs, die Ver„gesellschaftung unter einem Gesammtnamen durchaus statthaft, und „es darf unter diesem Gesammtnamen die Gesellschaft, das heißt die „Gesammtheit der Mitglieder, im Verkehr und vor Gericht nicht „allein unmittelbar, sondern auch vertreten durch einen Vorstand, „Ausschuß oder anderweitigen Bevollmächtigten auftreten." Ferner sagt das Erk. Rostock 2/3 67 Seuffert XXVII. 5: „Die charakteri„stischen Eigenthümlichkeiten dieser Art von Associationen bestehen

„darin, daß aus festen Jahresbeiträgen der Mitglieder ein Fond zur „Bestreitung der gemeinschaftlichen Ausgaben gebildet wird, daß die „Theilungsklage ausgeschlossen ist, die Mitglieder vielmehr für den „Fall ihres Ausscheidens durch Rücktritt oder Tod für sich und ihre „Erben auf ihren Antheil am Gesellschaftsvermögen zu Gunsten der „Uebrigen verzichten, während die neu Aufgenommenen eben durch „ihre Aufnahme auch in die bestehende Rechtsgemeinschaft eintreten, „daß ferner die Einzelnen allen in Vereinsangelegenheiten statuten„mäßig gefaßten Beschlüssen von vornherein sich unterwerfen, daß „endlich der Verein nicht unter einem auf die Personen der Mitglieder „hinweisenden Collektivnamen, sondern unter einer den Vereinszweck „ausdrückenden unpersönlichen Bezeichnung sich constituirt und seine „Geschäfte unter dieser Firma durch seine Vorsteher oder andere ge„wählte Spezialmandatare abschließt, also die Form einer unbe„nannten Gesellschaft annimmt, deren Theilnehmer aus den von ihren „Vertretern abgeschlossenen Geschäften nur mit den Gesellschaftsfonds „und innerhalb ihrer durch die Statuten begrenzten Verbindlichkeiten „haften. Alle diese auf ausdrücklich oder stillschweigend getroffene „Uebereinkunft zurückzuführenden Besonderheiten sind mit dem Begriffe „einer societas nicht unverträglich und nöthigen nicht zu der Unter„stellung, daß eine juristische Person Subjekt des für die Vereins„zwecke zusammengebrachten Vermögens sei. Die beschränkte Haftung „der Einzelnen erklärt sich aus der schon durch die Firma erkennbar „ausgedrückten beschränkten Vollmacht der geschäftsführenden Mit„glieder.“ Ebenso sagt ein vom O.-A.-G. Darmstadt bestätigtes Erkenntniß des Hofgerichts Giessen Seuffert XX. 201: „Was die Ein„wendung des Beklagten betreffe, daß nur eine moralische Person, „nicht aber singuli, welche eine Casse für die jeweiligen Arbeiter „eines Werkes gebildet hätten, das von den früheren Mitgliedern ge„sammelte Vermögen ansprechen dürften, so sei es zwar nach dem „streng römischen Begriff der societas richtig, daß eine Gesellschaft „nur unter den den Gesellschaftsvertrag contrahirenden Personen be„stehe, daß dieselbe durch Tod oder Aufkündung der Contrahenten „aufgehoben werde, und neue Mitglieder einen neuen Gesellschaftsver„trag schließen müßten. Daher ständen nur diejenigen Mitglieder, „welche die Societät zur Zeit der Errichtung und zur Zeit der Ge-

„schäftsführung bildeten, in Obligationsverhältnissen zu ihrem „Rechner oder Geschäftsführer, während andere Personen, welche nur „in die Gesellschaft eingetreten seien, nicht jure proprio, sondern jure „cesso gegen den Geschäftsführer der früheren socii klagen können. „Allein diese Grundsätze des römischen Rechts hätten im deutschen „Recht eine Modifikation erfahren; es stehe nach diesem überhaupt nicht „entgegen, sofort zu Gunsten Dritter zu contrahiren, und somit auch „Rechtsverhältnisse für später in eine wechselnde Gesellschaft eintretende „Mitglieder zu begründen. Es gebe jetzt eine Menge von Gesellschaften, „welche, ohne wirklich moralische Personen zu sein, doch bei stetem Wechsel „ihrer Mitglieder fortbeständen, und deren Vermögensrechte ohne aus- „drückliche Cession stets von den ausgetretenen Mitgliedern auf die „neu eintretenden übergingen. Es sei dieses im deutschen Rechts- „leben unbedenklich anerkannt. Derartige Gesellschaften beständen „aller Orten als Vereine zu geselligen Zwecken, Versicherungsgesell- „schaften, Lotteriecassen ꝛc. und ihre Eigenthümlichkeit bestehe gerade „darin, daß der Austretende seine Einlagen der fortbestehenden Ge- „sellschaft belassen müsse, der neu eintretende in die Gesellschaftsrechte „ohne eine Cession von Seiten der übrigen Mitglieder eintrete, und „das Gesellschaftsvermögen stets den jeweiligen Mitgliedern des „Vereins zustehe. Gewöhnlich sei dieses Rechtsverhältniß der wech- „selnden Mitglieder der Gesellschaft durch ausdrückliche Verträge oder „Statuten, denen sich jedes Mitglied unterwerfe, geregelt; wie eben „jeder Gesellschaftsvertrag nicht blos ausdrücklich sondern auch still- „schweigend geschlossen werden könne, so gehe diese deutschrechtliche „Modifikation der Grundsätze von der Societät auch oft aus still- „schweigender Anerkennung aus dem Gesellschaftszwecke oder der „Natur der Sache hervor. Mit vollem Rechte bezeuge Gerber a. a. „O., daß dieses gerade bei den bergwerkschaftlichen Vereinen beson- „ders der Fall sei; diese Abweichungen von den Grundsätzen der „römischen societas seien hier durch die bergrechtliche Gewohnheit „ausgebildet worden, nicht bloß bei den Gewerken des Bergwerks „selbst, sondern auch bei den Knappschaftsvereinen. Die Gewerke „bildeten eine Gesellschaft, welche durch Veräußerung der Kuxe die „ideellen Antheile des Bergwerks jederzeit beliebig wechseln; der neue „Gewerke trete an die Stelle des ausscheidenden alten und nehme

„ebenso wie an dem gemeinschaftlichen Eigenthum ohne ausdrückliche „Cession auch an allen sonstigen persönlichen Rechten und Pflichten „der Gesellschaft Theil; die Gewerkschaft bestehe trotz des Personen„wechsels mit ihren vermögensrechtlichen Verhältnissen ununterbrochen „fort, ohne daß der Gesellschaftsvertrag durch den Austritt einzelner „Gewerken aufgelöst werde. Ganz dasselbe Verhältniß trete hinsicht„lich der Knappschaftskasse ein, welche aus den Beiträgen der Knapp„schaft, den sog. Büchsengeldern und auch aus Zuschüssen der Ge„werkschaft gebildet werde, um die Bergarbeiter in Krankheits- oder „Unglücksfällen zu unterstützen. Die ganze Knappschaft sei Inhaberin „dieser Casse; sie wähle in der Regel Knappschaftsälteste zur Controle „der Einnahmen und Ausgaben, die durch den Schichtmeister oder „einen besonderen Rechner besorgt würden. Daraus, daß die Knapp„schaftscasse der stets wechselnden Gesellschaft der Knappen gehöre, „folge schon ganz von selbst, daß bei ihr die römischrechtlichen Grund„sätze von der an die Person der Contrahenten gebundenen Societät „nicht anwendbar sein könnten, daß die Casse jederzeit den jeweiligen „Mitgliedern der Knappschaft zustehe und daß daher auch diese zu „allen Klagen der Casse legitimirt seien, mögen diese nun aus ihren „Beiträgen oder aus denen ausgeschiedener Mitglieder entstan„den sein."

Es läßt sich in dieser Richtung, die man als eine allgemeine bezeichnen kann, leicht der Einfluß des deutschen Handelsgesetzbuchs erkennen, das ja diesen Grundsatz für die offene Handelsgesellschaft zur allgemeinen Anerkennung gebracht hat.

2) Eine gleiche Richtung läßt sich in der Behandlung der Frage von der Haftung der Gesellschafter für die Vereinsschulden verfolgen. Eine Haftung der Einzelnen wird keinenfalls über den Umfang der statutenmäßigen Verpflichtung der Einzelnen angenommen, und auch diese nicht, wenn bei dem Vertrag mit dem Dritten auf die beschränkte Haftung Bezug genommen worden war. So sagt Stobbe D. P. R. § 61 (S. 415): „Schwierig ist die Beantwortung der „Frage, wer für die Schulden des Vereins zu haften habe, wenn das „Vereinsvermögen zu ihrer Bezahlung nicht hinreicht:

„a) Wenn der Vorstand Namens des Vereins contrahirte, ohne „daß dabei auf die Organisation und die Statuten des Vereins, wo-

„nach die Einzelnen nur zu Beiträgen oder zu einer sonst beschränkten „Haftung verpflichtet seien, Bezug genommen wurde, oder sonst dem „dritten Contrahenten eine solche beschränkte Haftung bekannt war „oder bekannt sein mußte, so haften die einzelnen Mitglieder nicht „über ihre statutenmäßige Verpflichtung hinaus, weil der Mandatar „den Mandanten nicht über seinen Auftrag hinaus verpflichten kann, „und das Mandat nur darauf hin ging, Rechtsgeschäfte den Statuten „gemäß abzuschließen. Dagegen sind die Vorstandsmitglieder selbst, „weil sie ihren Auftrag überschritten und in unvorsichtiger Form con„trahirten, dem Gläubiger persönlich verhaftet.

„b) Hatte dagegen eine Bezugnahme auf die beschränkte Haftung „der Mitglieder stattgefunden, oder war dieselbe sonst dem dritten „Contrahenten bekannt, so kann dieser nur das von dem Verein be„sessene oder geschaffene Vereinsvermögen und die einzelnen Mitglieder „nur soweit in Anspruch nehmen, als sie mit ihren Beiträgen im „Rückstande sind; die Vertreter des Vereins sind von der Haftung „frei. Denn der Gläubiger hat sich durch sein Contrahiren den „Vereinsstatuten unterworfen, und muß es sich selbst zuschreiben, wenn „er mit einem insolventen Verein contrahirte. Inwieweit anzu„nehmen ist, daß der Contrahent mit der beschränkten Haftung be„kannt war, läßt sich nur für den concreten Fall entscheiden. Der „Umstand, daß die Gesellschaftsstatuten publicirt waren, reicht nicht „zu der Annahme hin, daß der Gläubiger die betreffende Bestimmung „gekannt und bei seinem Rechtsverhältniß habe zur Anwendung bringen „wollen."

Es stimmt dies mit den oben S. 79 f aufgeführten Aeußerungen von Bluntschli und Kuntze überein, und ist wiederholt in neueren Erkenntnissen ausgesprochen, so Erk. Rostock 2/3 67 Seuffert XXVII. 5 oben S. 85 und Erk. Cassel 17/2 66 Seuffert XX. 200: „Es „entspricht der Natur einer genossenschaftlichen Verbindung, wie sich „die hier fragliche durch die Statuten charakterisirt, auch wenn der„selben die Rechte einer juristischen Person nicht ertheilt sind, daß die „Mitglieder derselben jedenfalls mittelst des sog. Gesellschaftsver„mögens für die Namens der Gesellschaft contrahirten Verbindlich„keiten haften Auch das Eintreten neuer Mitglieder vermag hieran „insoferne nichts zu ändern, als diese, soweit sie kraft der Aufnahme

„in die Gesellschaft in deren Vermögensrechte mit eintreten, auch „innerhalb des vorbemerkten Umfangs in die Vertretung der Gesell„schaftsverbindlichkeiten nach den Grundsätzen der Schuldübernahme „miteintretend anzusehen sind." Den gleichen Grundsatz hat die Preußische Praxis als maßgebend bei derartigen Vereinigungen anerkannt.

Förster P. P. R. § 282 S. 381

Resumiren wir die Resultate der bisherigen Ausführung so ergibt sich folgendes: 1. Gemeinrechtlich ist ein zwischen societas und universitas in der Mitte stehendes Institut der deutschrechtlichen Genossenschaft in keiner Weise anerkannt, der Bestand desselben wird vielmehr von Theorie und Praxis fast durchgängig in Abrede gezogen. 2. Es ist unzuläßig, die materielle Rechtsgemeinschaft mit der vertragsmäßig begründeten Gemeinschaft unter den gleichen Gesichtspunkt zu stellen. 3. Auch für bloß vertragsmässige Vereinigungen läßt sich die Herstellung einheitlicher prozessualischer Vertretung denken, und es ist diese kein Vorrecht der juristischen Person. 4. Auch bei vertragsmäßigen Vereinigungen läßt sich eine Beschränkung der Haftung der einzelnen Mitglieder oder Verweisung der Gläubiger an das Gesellschaftsvermögen denken.

§ 3.

So wenig es sich irgendwie rechtfertigen läßt, daß das angefochtene Erkenntniß für das gemeine Recht ein zwischen universitas und societas stehendes Institut der Genossenschaft mit Solidarhaft der einzelnen Mitglieder als gegeben annimmt, ebenso grundlos ist die Voraussetzung, daß speziell im Bayrischen Recht eine solche Anerkennung erfolgt sei. Aus den Bestimmungen der Prozeßordnung 1869 Art. 16, 2, Art. 193, 4, Art. 452 und 472 folgert das Erkenntniß, S. 22, daß das Bayrische Recht ohne zwischen eingetragenen und nicht eingetragenen zu unterscheiden, die Genossenschaften anerkenne und in Anerkenntniß dieses germanistischen Rechtsverhältnisses der Genossenschaft einen besonderen Gerichtsstand verschieden von dem Forum der einzelnen Mitglieder einräume. Dieser Schluß ist vollständig verfehlt. Allerdings muß die Möglichkeit zugegeben wer-

den, daß in dem Satz des Art. 16 der Prozeßordnung: „der allge-
„meine Gerichtsstand der Gemeinden, Stiftungen und Körperschaften
„wird, soweit er nicht vom Gesetze besonders geregelt ist, durch den
„Sitz ihrer Verwaltung und in Ermangelung eines solchen durch den
„regelmäßigen Versammlungsort ihrer Vertreter bestimmt. Gleiches
„ist bei den Genossenschaften und bei den in ihren Privatrechtsver-
„hältnissen nicht nach dem Handelsgesetzbuche zu beurtheilenden Ge-
„sellschaften und Vereinen der Fall" das Wort Genossenschaft in
einem Sinn gebraucht sei, welcher der die Ausführung des bezirks-
gerichtlichen Erkenntnisses beherrschenden Auffassung nicht widerspricht.
Seitdem es gewöhnlich ist, von Genossenschaften zu sprechen, wird
dieser Ausdruck in den verschiedensten Weisen gebraucht. So be-
zeichnet Holzschuher damit nur die römischrechtlichen Institute, indem
er Theorie und Casuistik § 304 dem Cap. XVI. die Ueberschrift gibt:
„Schuldverhältnisse aus einer Genossenschaft" als deren Unterarten
er Societas und Communio incidens bezeichnet. Andere bezeichnen nach
dem Vorgang von Beseler und Bluntschli mit diesem Namen gewisse
Arten von Corporationen. Dieser Sprachgebrauch findet sich auch bei
uns. Auch in der Bayrischen Praxis nämlich zeigt sich die Entwick-
lung die in § 2 für das gemeine Recht nachgewiesen ist. Die ältere
Auffassung, welche bei der allgemeinen Gütergemeinschaft zuerst ein
Gesammteigenthum annahm, und später die Ehegatten als juristische
Person definirte, findet sich auch hier

Bayr. Civilrecht § 60, 7 und 120, 9

ist aber in der späteren Praxis aufgegeben, so daß jetzt, wie dieß auch
dem Rechtsverhältniß allein entspricht, die allgemeine Gütergemein-
schaft lediglich als ein das Miteigenthum der Eheleute bewirkendes
Rechtsverhältniß angesehen wird

Bayr. Civilrecht § 60, 12.

Im Uebrigen behandelte die Praxis vielfältig aber nicht unbe-
stritten die Genossenschaft als Unterart der Corporation in doppelter
Weise

a) indem sie Personenklassen, welche dauernd gemeinschaftliche
Rechtsverhältnisse haben, soweit es die Natur der Sache mit sich
bringt und namentlich in prozessualer Beziehung als Unterart der
Corporation auffaßte, so die Eingeforsteten: Erk. 6/4 1850 Bl. XV.

253: „Es steht durch Zugeständniß des Fiskus fest, daß die Güter „der Kläger zu G. und R. in die dem Staate gehörige ...... Wal„dung eingeforstet sind, und daß die Kläger, als Besitzer dieser Güter, „das für dieselben benöthigte Bau- und Reparaturholz aus jener „Waldung zu beziehen haben. Die Kläger, als gleichberechtigte Ein„geforstete, bilden in dieser Beziehung zwar keine Corporation oder „juristische Personengemeinheit im eigentlichen und engeren Sinne, „wohl aber eine Genossenschaft. Solche Genossenschaften sind, soweit „es die Nothwendigkeit und Natur der Sache mit sich bringt, als „Gesammtheit, als Einheit des Rechtssubjekts aufzufassen, und als „eine unter den Gattungsbegriff von juristischen Personen zu stellende „Unterart der Korporationen im weiterem Sinne zu betrachten." Jetzt wird allgemein angenommen, daß die Gemeinden in allen Verhältnissen zur Vertretung competent sind, in welchen die einzelnen Gemeindeglieder in ihrer Gesammtheit oder nach gewissen Classenabtheilungen als berechtigt oder verpflichtet erscheinen.

Bayr. Civilrecht § 39, 50 f.

b) indem sie auf Vereine mit dauerndem Zweck und entsprechender Organisation die für universitates geltenden Grundsätze anwendete, und von der sonst behaupteten Nothwendigkeit besonderer Ertheilung von Corporationsrechten Umgang nahm, so bei einem Hagelversicherungsverein Erk. 5/6 45 Bl. XXI. 255 und einem Unterstützungsverein Erk. des Bezirksgerichts München Bl. XXVIII. 274.

Diese ältere Richtung geht also dahin, die Genossenschaft, ein Ausdruck, der damals nicht technisch war, als Unterart der Corporation zu behandeln. Aber auch dieß war nicht zweifellos, es finden sich auch entgegengesetzte Entscheidungen

Bayr. Civilrecht § 42, 7.

Zuerst findet sich das Wort „Genossenschaft" als technischer Ausdruck gebraucht in dem Gesetz 28/2 1852 über Bewässerungs- und Entwässerungsunternehmungen Art. 2 f. und in dem Gesetz 28/2 1852 über den Uferschutz Art. 14 f.; hier ist es tautologisch für juristische Person gesetzt

Bayr. Civilrecht § 293, 5.

Ein ganz neues Institut hatte nach dem Vorgang der Reichsgesetzgebung das Gesetz 29/4 1869 in den Erwerbs- und Wirth-

schaftsgenossenschaften geschaffen, die sich hier in doppelter Weise finden mit Solidarhaft und mit beschränkter Haftpflicht. Jetzt ist für dieses Verhältniß das Reichsgesetz 4/7 1868 maßgebend, dessen Bestimmungen oben S. 83 bereits erörtert sind, und das sich von dem Bayerischen Gesetz 29/4 1869 nur dadurch unterscheidet, daß es nur Genossenschaften mit Solidarhaft nicht solche mit beschränkter Haftpflicht anerkennt.

Betrachtet man nun den Wortlaut der Prozeßordnung von 1869 Art. 16: „Der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden Stiftungen „und Körperschaften wird, soweit er nicht vom Gesetz besonders ge„regelt ist, durch den Sitz ihrer Verwaltung und in Ermanglung „eines solchen durch den regelmäßigen Versammlungsort ihrer Ver„treter bestimmt. Gleiches ist bei den Genossenschaften und bei den „in ihren Privatrechtsverhältnissen nicht nach dem Handelsgesetzbuche „zu beurtheilenden Gesellschaften und Vereinen der Fall. Klagen von „Mitgliedern einer Körperschaft oder einer der in Abs. 2 bezeichneten „Vereinigungen unter sich ... können, soweit das Gesetz nicht anders be„stimmt, bei den nämlichen Gerichten angestellt werden." — Art. 193, 4: „für andere Gesellschaften Vereine oder Genossenschaften an deren Vor„stände oder die mit der Vertretung betreffenden Vereinigung be„auftragten Mitglieder oder Beamten." — und Art. 452: „Für „juristische Personen sind ihre Vertreter, für den k. Fiskus und die „Civilliste des Königs die betreffenden Beamten, für Genossenschaften „Vereine und Gesellschaften, deren Vertretung nicht durch das Gesetz „geregelt ist, die Vorstände oder die sonstigen nach den Satzungen be„stellten Vertreter schwurpflichtig" — für sich, so könnte es als zweifelhaft anzusehen sein, welchen Sinn hier der Gesetzgeber mit dem Ausdruck „Genossenschaft" verbinden wollte. Indessen ergiebt sich aus den Verhandlungen des Gesetzgebungsausschußes, daß der Ausdruck Genossenschaft, so wie er jetzt steht, lediglich auf die registrirten Genossenschaften des Gesetzes von 29/4 1869 zu beziehen sei. In dem ursprünglichen Regierungsentwurf lautete nämlich Art. 16 damals Art. 6 (Verh. d. G. G. Aussch. d. K. d. A. II. 1 S. 6): „Gemeinden Stiftungen und Körperschaften haben ihren allgemeinen „Gerichtsstand vor dem Gerichte, in dessen Bezirke der Sitz ihrer „Verwaltung ist; Handels-Commandit- und Aktiengesellschaften vor

„dem Gerichte, in dessen Bezirke sie ihre Niederlassung haben. Klagen „der Körperschafts- oder Gesellschaftsmitglieder unter sich können „bei demselben Gerichte angestellt werden, wenn sie die gemeinrecht- „lichen oder gesellschaftlichen Verhältnisse betreffen. Der k. Fiskus „hat seinen persönlichen Gerichtsstand bei dem Gerichte, in dessen Be- „zirke die Behörde ihren Sitz hat, zu deren Wirkungskreis die Be- „handlung und Bescheidung des betreffenden Anspruchs im Verwalt- „ungswege gehört.“ Erst in dem Entwurf mit Modifikationen (Verh. d. G. G. A. II. 1. 237) heißt es Art. 6: „Gemeinden, Stiftungen „und Körperschaften haben ihren allgemeinen Gerichtsstand vor dem „Gerichte, in dessen Bezirke der Sitz ihrer Verwaltung ist. Gleiches „ist bei den in ihren Privatrechtsverhältnissen nach den Bestimmungen „des allgemeinen bürgerlichen Rechts zu beurtheilenden Genossen- „schaften, Vereinen und sonstigen Gesellschaften der Fall, wenn sie „einen bestimmten Sitz im Inlande haben. Ist letzteres nicht der „Fall, so ist für ihren allgemeinen Gerichtsstand der Wohnsitz be- „ziehungsweise Aufenthalt der betheiligten Gesellschaftsmitglieder „maßgebend. Klagen der Körperschafts- oder Gesellschaftsmitglieder „unter sich können bei demselben Gerichte angestellt werden, wenn „sie die gemeinheitlichen oder gesellschaftlichen Verhältnisse betreffen.“

Bei den nun folgenden Verhandlungen ging der Referent Abgeordneter von Neumayr von der Ansicht aus, daß damit nicht eine materielle Aenderung beabsichtigt sondern auch in dem modificirten Entwurf die einheitliche prozessualische Vertretung der juristischen Personen vorbehalten sei; er nahm also an, daß die Ausdrücke Genossenschaften, Vereine und sonstige Gesellschaften nur als Bezeichnung für einzelne Arten juristischer Personen aufzufassen seien, wie in dem vorhergehenden Satz die Ausdrücke Gemeinden, Stiftungen und Körperschaften. Er beantragte daher (Verh. des G. G. A. II. 2. S. 6) den Satz des modificirten Entwurfs: „Gleiches ist u. s. f.“ zu streichen und dafür zu setzen: „der allgemeine Gerichtsstand juri- „stischer Personen wird, so weit er nicht vom Gesetze besonders ge- „regelt ist, durch den Sitz ihrer Verwaltung und in Ermangelung „eines solchen durch den regelmäßigen Versammlungsort ihrer Ver- „treter bestimmt.“ Gegen diese Auffassung legte indessen der königl. Commissär Widerspruch ein (Verh. des G. G. A. III. 1 S. 14).

Seine Worte sind: „Mit dem Vorschlag des Herrn Referenten wäre „der Zweck keineswegs erreicht, den die Regierung erreichen wolle. „Man möge nur bedenken, welche große Anzahl von Vereinen, Ge= „nossenschaften und Gesellschaften neben den Corporationen und „Stiftungen, von denen der Abs. 1 spreche, jetzt beständen. Er er= „innere zunächst hier an die Aktiengesellschaften. Der Begriff der „Handelsgesellschaft sei durch das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch „auf diejenigen Gesellschaften beschränkt, welche die Vornahme von „Handelsgeschäften zum Gegenstande haben, ohne daß auf die Form „derselben irgendwie Rücksicht genommen sei. Deßhalb ließen sich „viele Aktiengesellschaften, die bei uns in großartigem Betriebe stän= „den, nicht unter die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches bringen, „so z. B. die Aktiengesellschaften, welche nur Bergbau zum Zwecke „haben, die Aktiengesellschaften für Feuerversicherung, welche nicht „auf fixe Prämien sondern auf Gegenseitigkeit gegründet sind. Er „erinnere ferner an die vielen Gesellschaften und gesellschaftlichen „Vereine, die sich auf Grund des Vereinsgesetzes ohne weitere staat= „liche Ermächtigung gebildet haben. In neuester Zeit endlich seien „dazu noch die in den verschiedensten Gestalten auftretenden volks= „wirthschaflichen Vereine gekommen. Es bestehe nun große Meinungs= „verschiedenheit darüber, ob derartige Vereine juristische Personen seien „oder nicht. Die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis spreche sich „dahin aus, daß die juristische Persönlichkeit nur durch ein Dekret des „Landesherrn verliehen werden könne, daß namentlich auch eine poli= „zeiliche Genehmigung eines Vereins demselben nicht juristische Per= „sönlichkeit gebe, und daß da, wo jetzt ein Vereinsgesetz die Bildung „von Vereinen ohne polizeiliche Genehmigung gestattet, durch dieses „Gesetz eben nur die früher geforderte polizeiliche Genehmigung sup= „plirt werde. Daraus seien nun in der Praxis die verschiedensten „Folgerungen gezogen worden. Einige Gerichte hätten ausgesprochen, „derartige Vereine könnten durchaus kein Vermögen erwerben, andere „hätten dies zugelassen, und wieder andere hätten eine Reihe der „verschiedensten Unterscheidungen aufgestellt. Diesen Verhältnissen „gegenüber stehe nun aber die Thatsache, daß eine große Anzahl solcher „Vereine Vermögen besitzen, daß sie auch Verbindlichkeiten einge= „gangen haben und täglich eingehen; es müsse also irgendwie geregelt

„werden, wo die Klagen gegen derartige Vereine ꝛc. erhoben werden „können, und dies zu regeln sei eben Aufgabe des Abs. 2 des Artikels. „Für alle jene Gesellschaften Vereine und Genossenschaften, welche „nicht nach dem Handelsgesetzbuche sondern nach dem allgemeinen „bürgerlichen Rechte zu beurtheilen sind, solle hier der Gerichtsstand „bestimmt werden. Mit der Annahme des Vorschlages des Herrn „Referenten werde man immer abhängig von der Ansicht der Gerichte „bleiben, ob sie eine Klage zulassen wollen oder nicht, klar aber sei „jedenfalls, daß denjenigen, welche gegen solche Gesellschaften ꝛc. Forderungen haben, ein Forum gegeben sein müsse, um ihre Klagen „erheben zu können." Wiederholt sprach er sich ferner dahin aus, (ebenda S. 15): „.... man setze voraus, daß, wenn ein Verein „nicht eine juristische Person im Sinne des Civilrechts ist, er überhaupt nicht belangt werden könne; dies sei aber unrichtig und stehe „im Widerspruch mit der Praxis der Mehrzahl der bayerischen Ge„richte. Er erinnere z. B. an die Casinogesellschaften; diese seien „keine juristischen Personen, und doch lasse die Mehrzahl der bayer. „Gerichte Klagen gegen dieselben zu; ja sie schrieben sogar in die „Grundbücher Immobiliarbesitz auf den Namen solcher Vereine ein, „die auf Grund des Vereinsgesetzes ohne weitere Intercession staat„licher Behörden sich gebildet haben. Damit sei nun noch gar nicht „ausgesprochen, daß solche Vereine juristische Personen im Sinne des „Civilrechtes seien. Wie die Sache im Civilrecht geregelt werde, sei „eine andere Frage. Er sei z. B. nicht der Ansicht, daß alle diese „Vereine als juristische Personen bezeichnet werden sollten; allein man „werde doch aussprechen müssen, daß sie gewisse Rechte haben, daß „sie Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen könnten, ohne daß „sie deswegen für juristische Personen erklärt werden müßten." Es erhellt daraus mit Bestimmtheit als Zweck der Vorlage die prozessualische Vertretung der zahlreichen bei uns sich findenden Vereine gleichheitlich und dem praktischen Bedürfniß entsprechend zu regeln ohne Rücksicht darauf, welche Stellung ihnen nach ihren civilrechtlichen Verhältnissen bisher zukam, also ohne Rücksicht darauf, ob ihre civilrechtlichen Verhältnisse nach dem bisher geltenden Recht eine einheitliche prozessualische Vertretung für sie als zuläßig erscheinen ließen oder nicht. Es sollte dadurch die bisher in Theorie und Praxis

bestrittene Frage, ob ein organisirter Verein prozessualisch als einheitliches Rechtssubjekt behandelt werden dürfe, auch wenn er nicht als juristische Person im technischen Sinn aufzufassen sei, bejahend entschieden, also das ausgesprochen werden, was oben S. 84 als Richtung der gemeinrechtlichen Praxis der neueren Zeit bezeichnet ist. Die Absicht, das Verhältniß in solcher Weise zu regeln, geht aus den Verhandlungen zweifellos hervor. Denn daß in Art. 16 für alle derartige Vereinigungen ein besonderer Gerichtsstand bestimmt, daß in Art. 193, 4 die Zulässigkeit der Zustellungen an die Vorstände ausgesprochen und in Art. 452 die Zulässigkeit der Eidesleistung durch die Vorstände dieser Vereine ausgesprochen, in beiden Fällen also den Vorständen die Befugniß prozessualischer Vertretung des Vereins eingeräumt ist, läßt zweifellos erkennen, daß damit die einheitliche prozessualische Vertretung aller Vereine anerkannt werden sollte, welche unter die Voraussetzungen des Art. 16 fallen. Diese sind aber nach Art. 16, 1 lediglich, daß sie einen Sitz der Verwaltung oder einen regelmäßigen Versammlungsort ihrer Vertreter also eine organisirte Vertretung haben. Dieß ist in dem ursprünglichen wie in dem modificirten Regierungsentwurf ganz bestimmt ausgesprochen, indem hier für Gesellschaften, welche keinen bestimmten Sitz im Inland haben, das einheitliche Forum ausgeschlossen und der Wohnsitz beziehungsweise Aufenthaltsort der betheiligten Gesellschaftsmitglieder als Gerichtsstand bezeichnet wurde. Diese letztere Bestimmung ließ die Regierung selbst fallen, „indem wohl derartige Fälle nur selten vorkommen würden" (Verhandl. des G. G. A. B. B. III. 1. 15) und sie wurde dann bei der Abstimmung auf Antrag des Abgeordneten Franz als „entbehrlich" beseitigt (Verh. des G.-G.-A. B. B. III 1. S. 16). Hieraus folgt mit Bestimmtheit, daß der Regierungsentwurf alle inländischen Vereine mit bestimmtem Sitz und organisirter Vertretung prozessual als Einheit anerkennen wollte, während dieß für andere Vereine, bei denen dieß Criterium nicht vorliegt, ausgeschlossen sein sollte. Mir scheint es daher zweifellos, wie dieß neuerdings auch in einem O. A. E. 20/10 1874 Bl. f. R.-A. XXXIX. 369 ausgesprochen ist, daß für alle Vereine mit bestimmtem Wohnsitz und organisirter Vertretung durch die Prozeßordnung von 1869 Art. 16 die prozessualische Einheit hergestellt ist, während bei allen anderen Ver-

einigungen, denen diese Voraussetzung abgeht, nur die betheiligten Gesellschaftsmitglieder als Streitgenossen zur Vertretung berufen sind.

Das Wort „Genossenschaften" wird dabei von den Commentatoren der Prozeßordnung nur auf die registrirten Genossenschaften des Genossenschaftsgesetzes 29/4 1869 gedeutet.

Barth. Commentar I. 225.

Schmitt Bayr. Civilprozeß § 96.

In dem ursprünglichen Entwurf mit Modifikationen konnte dieß freilich nicht gemeint sein, da dieser schon 1863 vorgelegt wurde, während die Verhandlungen über das Genossenschaftsgesetz erst nach 1868 begannen. Allein der ursprüngliche Wortlaut der betreffenden Bestimmung der Prozeßordnung wurde im Laufe der Verhandlungen gerade mit Rücksicht auf die bevorstehende Gesetzgebung über die Genossenschaften und anerkannten Vereine wesentlich umgestaltet. Der ursprüngliche Wortlaut des Art. 16, 6: „Gleiches ist bei den in ihren „Privatrechtsverhältnissen nach den Bestimmungen des allgemeinen „bürgerlichen Rechts zu beurtheilenden Genossenschaften Vereinen „und sonstigen Gesellschaften der Fall" (Verh. des G.-G.-A. B. B. II. 1. 237), der in dieser Fassung auch von dem G.-G.-A. der K. d. A. in erster Lesung angenommen worden war (Verh. des G.-G.-A. B. B. III. 1. S. 16) wurde nämlich bei der ersten Lesung in dem G.-G.-A. der K. d. R.-R. dahin umgestaltet, daß auf Antrag des Ministerialcommissärs der sonst im Gesetzbuch befolgten Terminologie gemäß das Wort allgemein gestrichen und demnach gesagt wurde: „den nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen-„den Genossenschaften" (Verh. des G.-G.-A. der K. d. R.-R. I. 79). Bei der zweiten Lesung in dem G.-G.-A. d. K. d. A. beantragte der Ministerialcommissär die Fassung: „Gleiches ist bei den Genossen-„schaften und bei den in ihren Privatrechtsverhältnissen nicht nach „dem Handelsgesetzbuch zu beurtheilenden Gesellschaften und Vereinen „der Fall," welchem Antrag der Referent beistimmte (Referat des Abg. v. Neumayr Verh. d. G.-G.-A. d. K. d. A. II. 3 S. 6). In dieser Fassung wurde der Artikel auch in zweiter Lesung angenommen. Der Referent äußerte dabei: „durch die Aenderung werde dasjenige er-„reicht, was der Ausschuß der Kammer der Reichsräthe beabsichtigte, „es werde damit der zwischen Art. 13 und 14 bestehende Gegensatz

„hervorgehoben, und anderseits dem Genossenschaftsgesetze Rechnung „getragen.“ (Verh. des G.-G.-A. der K. der A. III. 4. S. 12.) Ebenso äußerte der k. Ministerialcommissär: „Durch seinen Vorschlag, „welchen der Referent adoptirte, werde die Absicht des Gesetzes nur „schärfer hervorgehoben. Unter „allgemeinem bürgerlichen Rechte“ „sei früher das Civilrecht im Gegensatz zum Handelsrecht verstanden „worden; der Beisatz des Wortes „allgemein“ habe das Bedenken „erregt, es könnte sich die Auslegung bilden, es wollten Spezial- „gesetze ausgeschlossen werden.“ (Verh. d. G.-G.-A. III. 4. S. 12.) Es erhellt daraus mit Bestimmtheit, daß die jetzt vorliegende Fassung des Art. 16 mit bestimmter Berücksichtigung des damals schon in der Verhandlung befindlichen Genossenschaftsgesetzes getroffen wurde, und daß demnach der hier gebrauchte Ausdruck „Genossenschaften“ so viel bedeutet als die nach dem Gesetz vom 29/4 1869 organisirten Genossenschaften.“

Nicht einmal in prozessualer Beziehung lassen sich also aus Art. 16 die Schlüsse ziehen, welche das bezirksgerichtliche Erkenntniß daraus ableitet, denn der Inhalt des Artikels ist ein viel weiter gehender als die Annahme des Erkenntnisses. Dieses setzt voraus, daß nur für das von ihm so benannte Institut der Genossenschaften die prozessuale Einheit gegeben sei, während das Gesetz dieselbe für alle civilrechtlichen Vereine und Gesellschaften bestimmt, welche eine organisirte Vertretung haben. Anderseits kann aber dieser Artikel zum Beweis einer civilrechtlichen Anerkennung des Instituts der Genossenschaft deshalb nicht dienen, weil wie die oben S. 95 f. mitgetheilten Aeußerungen der Ministerialcommissärs sowie die Aeußerungen der Mitglieder des Gesetzgebungsausschusses ergeben, bei der Berathung des Gesetzes die übereinstimmende Ansicht in den Vordergrund trat, daß die Beschlüsse über die prozessuale Stellung der Vereine ohne allen Einfluß auf die Beurtheilung ihrer civilrechtlichen Eigenschaften sein sollten.

Ich fasse meine Ansicht in folgenden Sätzen zusammen: 1) Dem Bayrischen Recht ist ein zwischen universitas und societas stehendes Institut der Genossenschaft nicht bekannt. 2) Nach Bayrischem Recht werden alle Vereinigungen mit organisirter Vertretung, ohne Rücksicht auf ihr civilrechtliches Verhältniß, als prozessuale Einheiten be-

handelt. 3) Vereine ohne organisirte Vertretung werden nur durch ihre Gesellschaftsmitglieder vertreten.

Titel II.

Die bisherige Darstellung hatte den Zweck zu untersuchen, ob es überhaupt zulässig sei, auf Grund der behaupteten Unanwendbarkeit des gemeinen Rechts ein Institut der Genossenschaft zu construiren, und diesem den in dem Erkenntniß vorausgesetzten Inhalt zu geben. Es ist nun zunächst die Aufgabe, die Anwendung in dem concreten Fall kritisch zu beleuchten.

Das bezirksgerichtliche Erkenntniß geht dabei von folgenden Prämissen aus: 1. Die im Besitz der Gemeindegüter gewesene Familie der Herrn von Thüngen sei keine Vereinigung nach gemeinem sondern nach Lehenrecht oder eine Lehensgemeinschaft, welche durch Coinvestitur in den Besitz gelangt sei (S. 16). Diese durch den Mannsstamm repräsentirte Familie sei eine nach modernem Recht construirte und zu beurtheilende Genossenschaft (S. 19), deren Grundbedingungen bei der germanischen Lehensgemeinschaft des gemeinen Longobardischen Lehenrechts ohnehin vorliegen, da sich die Vereinigung durch Hinwegfallen einzelner Mitglieder nicht auflöse, und der Eintritt neuer Mitglieder von dem Willen der andern unabhängig sei, da er schon ex pacto et providentia majorum durch Belehnung erfolge (Erk. S. 19 und 24). 2. Diese Genossenschaft, gleichviel ob man sie als juristische Person oder deutschrechtliche Gesellschaft construire, könne selbstständig und unabhängig von einer Klage gegen die einzelnen Mitglieder verklagt werden und könne als Vereinigung handeln (Erk. S. 19). 3) Diese Genossenschaft sei verbunden, die seit der Litispendenz 1716 gezogenen Früchte zu restituiren (Erk. S. 30). Es soll nun in dem Nachstehenden nachgewiesen werden, daß diese Auffassung aller Begründung entbehre und mit den hier einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen nicht vereinbar sei.

§ 1.

Für die rechtliche Beurtheilung ist präjudiciell die Feststellung, nach welchen gesetzlichen Bestimmungen das Rechtsverhältniß zu be-

urtheilen sei. Das k. Bayrische Lehenedikt 7/7 1808, welches die Rechtsverhältnisse der Lehengüter neu und abweichend von den Grundsätzen des gemeinen Rechts geregelt hat, gilt jetzt in dem ganzen diesseitigen Bayern, da es durch Gesetz 15/8 1828 Art. 9 (G.-Bl. 359) vom 1. Oktober 1828 an auf den damaligen Untermainkreis, in dem das Lehensobjekt liegt, ausgedehnt wurde, allein mit dem Vorbehalt, daß die in dem Lehenedikt von 1808 § 55 bestimmte Successionsordnung der agnatisch-linealischen Erbfolge mit Primogenitur bei älteren Lehen dann nicht zur Anwendung kommen solle, wenn der Lehenbrief eine abweichende Bestimmung enthalte. Lehenedikt 1808 § 56: „Ausnahmsweise kann bei alten Lehen nur dann eine andere „Erbfolge oder Ausdehnung auf weibliche Erben stattfinden, wenn in „dem Lehenbrief hierüber eine abweichende Bestimmung ausdrücklich „getroffen ist, in welchem Falle auf die bisher bestandenen Provinzial- „lehengesetze Rücksicht genommen werden soll" oder ein abweichendes Herkommen nachgewiesen werden könne: Revidirtes Lehenedikt 15/8 1828 Art. 7: „Außer den im § 56 des Lehensediktes vom 7. Juli „1808 bezeichneten Fällen soll in Zukunft bei Lehen, welche schon „vor der Einführung dieses Edikts constituirt waren, eine von den „Bestimmungen des § 55 des nämlichen Edikts abweichende Erbfolge „oder eine Ausdehnung auf weibliche Erben auch dann statt finden, „wenn der Lehenbrief über die Successionsordnung keine Bestimmung „enthält, und wenn zugleich nachgewiesen werden kann, daß eine an- „dere als die im obenallegirten § 55 bestimmte Successionsordnung „bei einem Lehen herkömmlich war. In solchen Fällen sollen die vor „der Einführung des Lehenedikts bestandenen Lehengesetze und Obser- „vanzen der ehemaligen Lehencurien zur Anwendung kommen."

vgl. Bayr. Civ.-R. § 210, 10.

Beides ist hier gegeben. Die Lehenbriefe, deren regelmäßiger Tenor unten § 3 näher besprochen wird, machen es zweifellos, daß für das Lehen Burgsinn eine andere Successionsordnung als die Primogenitur eingeführt war, und es ist außerdem notorisch, daß dieses Lehengut in dem Mitbesitz zu ideellen Theilen der beiden Linien der Freiherrn von Thüngen'schen Familie steht, und daß die ideellen Antheile jeder der beiden Linien in jeder derselben zum größten Theil ungetheilt im Mitbesitz sämmtlicher Agnaten dieser Linien sich befin-

den. Es kommen hier also den Bestimmungen des Revidirten Lehenediktes § 7 entsprechend die vor Einführung des Lehenedikts bestandenen Lehengesetze und Observanzen der ehemaligen hier einschlagenden Lehenscurie zur Anwendung. An sich ist die Entscheidung in diesem Punkt für das ganze Rechtsverhältniß präjudiciell, da wenn die Successionsordnung des Lehenedikts von 1808 (agnatisch linealische Erbfolge und Primogenitur) zur Anwendung käme, von einer „Lehensgemeinschaft“ keine Rede sein könnte. Indessen ist die Nichtanwendbarkeit in diesem Fall zweifellos und allgemein zugestanden. Das Lehen Burgsinn, den Markgrafen von Brandenburg — Ansbach 1458 offerirt, stand unter der Brandenburg — Ansbachischen Lehenscurie, in welcher neben den besonderen Gewohnheiten subsidiär das gemeine langobardische Lehenrecht beobachtet wurde. Attestat des Markgrafen Wilhelm zu Brandenburg-Onoltzbach 26/2 1717 bei Lünig Corpus juris feudalis II. 1233: „daß in unserem Fürstenthum des „Burggrafthums Nürnberg unterhalb Gebürgs bei unsern Raths„collegiis, Lehen- und anderen Gerichten, bei denen rittermäßigen oder „gemeinen Lehensstreitsachen, wo nicht eine specialis consuetudo und „observantia herkömmlich und erweislich oder auch in denen von uns ag„noscirten Pactis Agnatorum oder Literis investiturae was speziales „sanciret ist, alsdann kein anderes Jus feudale als das Commune Lon„gobardicum oder die Libri et Consuetudines Feudales, welche dem „Corpori juris civilis beigedrucket sind, und in unsern Landen vim „legis haben, pflegen attendirt zu werden.“ Dieß wird ebenso durch ein Zeugniß des kaiserl. Landgerichts des Burggrafthums Nürnberg bestätigt. Attestat 16/3 1717 bei Lünig Corpus juris feudalis II. 1234: „Daß bei diesem Kaiserlichen Landgericht Burggrafthums „Nürnberg unter in Kaiser Maximilian I. Kammergerichtsordnung „und anderen nachgefolgten L. L. Imperii denen höchsten Reichs„gerichten pro jure subsidiario in defectu besonderer in Uebung „stehenden Consuetudinum localium vorgelegten, insonderheit aber „erwähntem Kaiserlichen Landgericht Burggrafthums Nürnberg in „dessen von denen durchlauchtigsten Herrn Burggrafen zu Nürnberg „als Kaiserlichen Erbstaathaltern empfangener Gerichtsordnung zur „Richtschnur angewiesenen Kaiserlichen gemeinen Rechten bis anhero „nichts anders als die in corpore juris enthaltene Leges tam civiles

„quam Feudales, keineswegs aber ein gewisses allgemeines Teutsches, „in dem Speculo Suevico et Saxonico enthaltenes, oder sonsten zu „suchendes Recht verstanden, sondern in sententionando auf jene, „und zwar circa causas feudales in specie, auf das in ermeldtem „Corpore juris enthaltene Jus Longobardicum, in Ermanglung jeden „Landes und dessen Lehenscurie absonderlichen Lehenrechte und Ge„bräuche (auf welche man von allen Seculis her jederzeit sorgfältige „Absicht zu machen sich angelegen sein lassen) in subsidium recurriret „werden, und annoch, so oft causae feudales an mehr erwähntes „Kaiserliches Landgericht gelangen, gemeldter Massen auf selbiges ge„sprochen zu werden pflege."

Die Anwendbarkeit des langobardischen Lehenrechts in dem vorliegenden Fall unterliegt also keinem Zweifel und ist auch allseitig anerkannt.

§ 2.

In dem langobardischen Lehenrecht fehlt jeder Anhaltspunkt für die Aufstellungen, von denen das angefochtene Erkenntniß ausgeht. Das langobardische Lehenrecht kennt nur zwei Arten von Investitur, die Investitura simplex, nämlich die Verleihung an einen einzelnen Vasallen und seine lehensfähige Descendenz, und die Mitbelehnung oder Coinvestitura juris Longobardici, die Verleihung an mehrere Vasallen in der Art, daß das Lehen den mehreren Vasallen ungetheilt übertragen wird, und jeder an seinem ideellen Antheil für sich und seine Nachkommen dasselbe Recht erwirbt wie sonst der Vasall durch einfache Investitur an seinem Lehengut, und wobei ein gegenseitiges Successionsrecht zwischen den mit den ideellen Theilen belehnten Vasallen besonders ausbedungen sein muß, wenn es stattfinden soll. II. Feud. 18: „duo fratres .. de novo beneficio simul „investiti sunt ... Ex fratribus his unus una filia relicta altera „adhuc vivente decessit. Quaeritur cui portio defuncti deferatur „filiae an fratri? .... Si tamen is qui filiam reliquit sine herede „decessisset .... ejus pars fratri ... est quaesita." II. F. 85: „Si uterque insimul investiatur pro parte sibi proficiunt.

Mayr Lehenrecht § 70, 4

Eichhorn D. P. R. § 209.

Pätz Lehenrecht § 61.

Beseler D. P. R. § 155 I.

Dieses Verhältniß wurde nie anders als auf einer communio pro indiviso zu ideellen Theilen beruhend aufgefaßt. Am prägnantesten ist dies ausgedrückt in Schmid Handbuch des gegenwärtig geltenden deutschen bürgerlichen Rechts Leipzig 1847 II § 38: „Die „Mitbelehnung begründet für diejenigen, welchen sie ertheilt ist, das „Lehenrecht und den Lehensbesitz nach ideellen Antheilen, und ver„pflichtet jeden derselben zur Lehenstreue und zur Leistung des von „ihm versprochenen Lehndienstes. Jeder ideelle Antheil am Lehen „wird als ein Sonderlehen angesehen, steht daher in Betreff der „Veräusserung unter den allgemeinen über die Lehensveräußerung „geltenden Grundsätzen, und geht beim Absterben des Berechtigten „und seiner lehensfolgefähigen Descendenten nicht auf die Mitbelehnten „über, sofern dieses nicht ausdrücklich oder stillschweigend verabredet „ist. Ueber den gemeinsamen Fruchtgenuß und den Gebrauch des „Objektes des Lehens, soweit dazu das Lehenrecht die Befugniß gibt, „gelten analog dieselben Grundsätze, wie beim Miteigenthum. Das„selbe gilt von der Tragung der auf dem Objekt des gemeinsamen „Lehens als solchem haftenden Lasten und Abgaben und der auf das„selbe zu machenden Verwendungen. Ueber das Objekt des gemein„samen Lehens kann nur von allen, und auch nur unter der Voraus„setzung, daß die zu treffende Verfügung überhaupt eine nach den „Grundsätzen des Lehenrechts zulässige ist, disponirt werden, während „die Dispositionen Einzelner darüber selbst beim Vorhandensein der „genannten Voraussetzung in Betreff ihrer Gültigkeit und Zuläßig„keit denselben Bestimmungen unterliegen, welche über die Dispositionen eines einzelnen Miteigenthümers über das ganze Objekt des „Miteigenthums gelten."

Zu unterscheiden davon ist die Gesammtbelehnung des deutschen Rechts oder die Belehnung zu gesammter Hand, die sich in zwei Hauptarten findet, nämlich:

1) Als Gesammtbelehnung mit Einräumung des nutzbaren Eigenthums an sämmtliche in der Belehnung begriffene Personen in der Art, daß kein Theilnehmer ohne Einwilligung der übrigen über seinen Antheil verfügen darf, und daß sämmtliche Theilnehmer gegenseitige

Successionsrechte an ihren Antheilen haben, wobei durch Naturaltheilung die Wirkungen der Gesammtbelehnung aufhören.

Mayr Lehenrecht § 70, 7.

Eichhorn D. P. R. § 359, 6.

Pätz L. R. § 62, 1.

2. Als Gesammtbelehnung mit Uebertragung eines bloßen Successionsrecht an die Mitbelehnten, wobei das nutzbare Eigenthum nur dem Investirten (Principal- oder Hauptvasall) und seiner Descendenz zusteht, während die Mitbelehnten nur ein Successionsrecht für den Fall des Aussterbens der lehensfähigen Descendenz des Hauptvasallen haben, wobei also für die Mitbelehnten nur das Successionsrecht gewahrt werden soll.

Mayr L. R. § 70, 8.

Eichhorn D. P. R. § 359, c.

Pätz L. R. § 62, k.

Diese dem deutschen Recht eigenthümliche und daher nur particularrechtlich erhaltene Gesammtbelehnung war dem langobardischen Recht unbekannt aus folgendem Grund: Nach langobardischem Lehenrecht können mehrere gleichberechtigte Lehenfolger in Communion bleiben, in welchem Fall ihnen das Lehen zu ideellen Theilen zusteht. II. Feud. 26 § 7: „Omnes filii .... fidelitatem facere debent „maxime si indivisum habent."

Mayr L. R. § 94, 3.

Pätz L. R. § 107, y.

Schmid Handbuch § 43, 100.

oder sie können eine Naturaltheilung II. Feud. 55, 2: „aliud autem „feudum si consortes voluerint dividatur, ita ut omnes qui partem „feudi habent jam divisi vel dividendi fidelitatem faciant."

Mayr L. R. § 94, 4.

Eichhorn D. P. R. § 357, c.

Pätz L. R. § 107, z.

Schmid Handbuch § 43, 100.

oder Civiltheilung II. Feud. 26, 7: „quod si feudum ex divisione ad „unum tantum pervenerit ille solummodo faciet fidelitatem."

Schmid Handbuch § 43, 102.

Mayr L. R. § 94, 5.

Eichhorn D. P. R. § 357, d.

vornehmen, wobei die Abtheilung ohne Einfluß auf das gegenseitige Successionsrecht der Abgetheilten ist. Nach deutschem Recht dagegen galten diese Rechtsgrundsätze nicht, und dieß war die Veranlassung zu den beiden Instituten der Gesammtbelehnung. Was nämlich

1) die Succession mehrerer gleichberechtigter Anwärter betrifft, so galt nach deutschem Lehenrecht der Grundsatz, daß das Lehen immer nur auf einen Vasallen vererbe, und daß daher mehrere gleichberechtigte Anwärter dem Lehenherrn denjenigen unter ihnen, der belehnt werden sollte, zu präsentiren hätten, dem gegenüber ihnen dann kein Successionsrecht zukam.

Dunker Gesammteigenthum § 10.

Mayr Lehenrecht § 78, 17.

Beseler D. P. R. § 166, 7:

„Um nun die Brüder im Lehenverband zu erhalten und ihnen „die oft lästige Auseinandersetzung zu erleichtern, ward es sehr ge„bräuchlich, daß der Herr sie alle durch eine Belehnung zu Va„sallen annahm, indem sie das Symbol mit gesammter Hand (com„municata manu) ergriffen ... Das Wesen derselben bestand in einer „Gemeinschaft der Rechte und Pflichten, welche aber nicht wie im „langobardischen Recht auf dem Princip der ideellen Theilrechte be„ruht, ebensowenig aber als eine Corporation constituirt war, son„dern einen eigenthümlichen genossenschaftlichen Charakter an sich „trug, indem sie im Innern selbstständige Sonderrechte der Gemeiner „begründete, nach außen aber dem Herrn gegenüber durch den Lehen„träger als eine Einheit vertreten war." Dieß die Worte von

Beseler D. P. R. § 155 II.

Es war dieß aber nicht nur von der Bewilligung des Herrn sondern auch davon abhängig, daß die Betheiligten in ungetheilter Gemeinschaft und ungetheiltem Genuß verblieben, indem jede Civil- oder Naturaltheilung die gesammte Hand in allen ihren Wirkungen auflöste.

Dunker Gesammteigenthum § 10. S. 83.

Mayr Lehenrecht § 96, 3.

Dieß ist die Gesammtbelehnung im älteren Sinn

Eichhorn D. P. R. § 209 und 359.

Beseler D. P. R. § 153, 7.

Dunker Gesammteigenthum § 11.

2) Hievon zu unterscheiden ist die Belehnung zur gesammten Hand im Sinne des neueren Rechts, welche nur den Zweck hatte, die Civil- oder Naturaltheilung möglich zu machen, ohne die im deutschen Lehenrecht damit verbundene Consequenz der Beseitigung des gegenseitigen Successionsrechts der abgetheilten Agnaten. Was also nach langobardischem Lehenrecht gesetzlich bei jeder Abtheilung gegeben war, bedurfte nach deutschem Lehenrecht des Vorbehaltes durch besondere Festsetzung. Die deutsche Gesammtbelehnung in ihren beiden Formen entspricht also dem Fall des langobardischen Lehenrechts, in welchem die gleichberechtigten Anwärter in Communion verbleiben oder eine Theilung vornehmen. In dem ersten Fall bedurften die Anwärter nach deutschem Lehenrecht der besonderen Erlaubniß des Lehensherrn und der Belehnung zur gesammten Hand in der Person eines von ihnen bestellten Vertreters (Lehenträgers), in dem letzteren Fall bedurften die durch die Civil- oder Naturaltheilung aus dem Besitz ausscheidenden Agnaten zur Erhaltung ihres Successionsrechts der besonderen Genehmigung durch Ertheilung der Gesammtbelehnung des neueren Rechts. Beides ist nach langobardischem Lehenrecht nicht erforderlich. Denn successionsberechtigt sind nach langobardischem Lehenrecht alle Descendenten des ersten Erwerbers; gleichberechtigte Nachfolger, welche in Communion bleiben wollen, bedürfen daher keiner besonderen Gestattung von Seite des Lehensherrn.

Mayr Lehenrecht § 94, 1.

Nach langobardischem Lehenrecht ist die Theilung unter gleichberechtigten Nachfolgern ohne Einfluß auf das Successionsrecht, und es bedarf daher keiner besonderen Zusicherung der Erhaltung des Successionsrechts der abgetheilten Agnaten.

Mayr L. R. § 94, 7.

Ziehen wir die Schlüsse aus diesen nie in Contestation gezogenen Grundsätzen.

Wenn, wie Tit. I § 1 gezeigt, von früheren Schriftstellern die Gesammtbelehnung im Lehenrecht als ein Fall bezeichnet wurde, in

welchem die Annahme des modernen Instituts der Genossenschaft gegeben sei, so konnte damit nur die Gesammtbelehnung des älteren deutschen Rechts gemeint sein, wobei sämmtliche Berechtigte in ungetheiltem Besitz und Genuß des Lehenobjekts verblieben und die Beziehungen zum Lehensherrn durch einen Lehenträger wahrten.

Stobbe Zeitschrift f. R. G. IV. 245 f.
Beseler D. P. R. § 155, 8.

Nicht einmal die Gesammtbelehnung des neueren deutschen Rechts kann damit gemeint sein, weil hier nur ein Prinzipal — oder Hauptvasall den Mitbelehnten gegenüber steht, deren Successionsrecht für den Fall des Aussterbens der lehensfähigen Descendenz des Hauptvasallen durch die Gesammtbelehnung gewahrt wird.

Eichhorn D. P. R. § 259.
Weber Commentar IV. 80.

Nach langobardischem Recht dagegen kann ein Fall, der unter die von den Anhängern der Genossenschaftstheorie aufgestellten Gesichtspunkte subsumirt werden könnte, gar nicht vorkommen, da die Betheiligung mehrerer Vasallen an einem Lehen immer eine Betheiligung zu ideellen Theilen ist. Dieß ist ausgesprochen II. Feud. 26 § 7 II. Feud. 18 und II. Feud. 85 oben S. 105 und 103 und von allen Feudisten von jeher anerkannt

Mayr Lehenrecht § 70, 3 und § 94, 3.
Schmid Handbuch § 38, 55 und § 43, 100.
Beseler D. P. R. § 155, 2 und § 166, 9.
Pätz Lehenrecht § 61 und § 107, y.
Eichhorn P. R. § 209 b und § 357, b.
Weber Commentar III. 130 und III. 413.

Für die Annahme des Erkenntnisses fehlen aber in dem vorliegenden Fall schon äußerlich alle Voraussetzungen. Denn

1) die Gesammtbelehnung des deutschen Rechts, welche wie oben gezeigt dem langobardischem Recht fremd war, setzt immer das Vorhandensein eines Lehenträgers voraus, der die Gesammtbelehnten nach außen vertritt. Es bedarf hier gar keiner weiteren Untersuchung über die rechtliche Natur der deutschrechtlichen Gesammtbelehnung,

ob diese als Gesammteigenthum eine Art der juristischen Person sei, wie dieß

Pätz Lehenrecht § 62

Albrecht Gewere 243

Eichhorn D. P. R. § 209 d

oder eine Art der materiellen Rechtsgemeinschaft, wie dieß

Beseler D. P. R. § 71, § 83 und 155

Stobbe in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte IV. 297 f und

Deutsches Privatrecht § 82

oder gewöhnliches Miteigenthum zu ideellen Theilen, wie dieß

Dunker Gesammteigenthum 93

annehmen, da schon der Umstand, daß die mit Burgsinn belehnten Vasallen nicht durch einen Lehenträger vertreten werden, dafür entscheidet, daß hier ein Fall der deutschrechtlichen Gesammtbelehnung nicht vorliege, ein Resultat, das sich ebenso durch die Grundsätze des hier anwendbaren langobardischen Lehenrechts und den Inhalt der Lehensbriefe bestätigt.

2) Der in dem Erkenntniß (S. 19) aufgestellte Begriff der „germanistischen Lehensgemeinschaft des gemeinen langobardischen „Lehenrechts, bei welcher die Grundbedingungen einer deutschrechtlichen „Genossenschaft gegeben seien" und die daraus S. 19 gezogene Consequenz, daß „in Folge dieser Voraussetzungen die gesammtbelehnte „Familie der Freiherrn von Thüngen nicht eine römische societas „sondern eine sogenannte Genossenschaft bilde" steht in direktem Widerspruch mit den hier anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Es ist schon oben S. 101 f. erörtert, in welchem Verhältniß die in dem vorliegenden Fall anwendbaren Rechtsquellen zu einander stehen. Das seit dem 1. Oktober 1828 auch in dem Kreise Unterfranken in Geltung gesetzte Lehenedikt von 1808 ist ein absolutes Gesetz, welches alle entgegenstehenden Bestimmungen beseitigt. Lehenedikt § 229: „Wir lassen daher solches durch das allgemeine Regierungsblatt mit „dem Anhange bekannt machen, daß von diesem Zeitpunkt an alle „übrigen sowohl gemeinen als besonderen Lehenrechte und Gewohn„heiten keine verbindende Kraft mehr haben sollen." Hiedurch ist nicht nur jede neue gewohnheitsrechtliche Bildung ausgeschlossen, sondern es sind auch alle entgegenstehenden gesetzlichen und gewohn-

heitsrechtlichen Bestimmungen beseitigt, so weit nicht das Gesetz selbst eine Ausnahme macht. Solche Ausnahmen finden sich aber nur folgende:

a) Nach Lehenedikt § 56 und Revidirtes Lehenedikt § 7 ist bei älteren Lehen die in dem Lehenedikt bestimmte dem bayerischen Lehenrecht eigenthümliche Lehenssuccession (agnatisch-linealische Erbfolge mit Primogenitur) nicht anwendbar, wenn entweder der Lehenbrief eine andere Successionsart enthält oder eine solche herkömmlich ist.

b) Nach Lehenedikt § 61 ist jede Mitbelehnung ausgeschlossen, und es werden nur diejenigen, welche bereits durch wirkliche Mitbelehnung Rechte erlangt haben, in denselben geschützt.

c) Nach Lehenedikt § 81 war die Befreiung von Lehenpferdestellung, wo sie bei alten Lehen herkömmlich war, aufrecht erhalten.

d) Nach Lehenedikt § 169 ist den Töchtern des Lehenmannes der Anspruch auf Pflichttheil und Heirathgut vorbehalten, wenn sie durch besondere Verfügung im Lehenbrief zur Lehenfolge berufen sind.

e) Durch Verfassungsurkunde Beilage IV. 57 ist die Bestimmung des Lehenedikts § 34, wonach die aktive Lehensfähigkeit nur dem Könige zusteht, bezüglich der Standesherrn außer Wirksamkeit gesetzt. s. Bayr. Civilrecht § 202, 5.

Durch das Lehensedikt ist also jede Gesammtbelehnung in dem Sinn, welcher nach älterem Recht damit verbunden würde ausgeschlossen, da sie in dem Gesetz nicht ausdrücklich vorbehalten ist; auch wenn sie bei irgend einer Lehensverleihung herkömmlich gewesen wäre würde sie seit Einführung des Lehenediktes ihre Wirksamkeit verloren haben; nur die Mitbelehnung des langobardischen Rechts sollte da, wo wirkliche Rechte darauf begründet waren, aufrecht erhalten werden. Wäre also das Rechtsverhältniß der Freiherrn von Thüngen zu dem Lehen Burgsinn auch ursprünglich als Gesammtbelehnung des älteren deutschen Rechts aufzufassen gewesen, so hätte dieß mit der Einführung des Lehenedikts von 1808 also vom 1. Oktober 1828 an sein Ende erreicht, da das ältere Lehenrecht mit Ausnahme der vorbehaltenen Punkte durch das Lehensedikt beseitigt ist, die Gesammtbelehnung aber zu den vorbehaltenen Punkten nicht gehört. Eine Mitbelehnung, wie sie das Lehenedikt § 61 allein vorbehält, liegt nur in dem Verhältniß der beiden Linien zu einander, da das Lehen

ursprünglich nur der Andreas'schen Linie zustand, und erst mit dem Feldmarschall Hans Carl von Thüngen die Mitbelehnung der Lutzischen Linie eintrat, zuerst zu ein Viertheil, dann zur Hälfte. Dagegen ist das Rechtsverhältniß der in jeder einzelnen Linie Betheiligten also der Vasallen Andreas'scher Linie unter sich und der Vasallen Lutzischer Linie unter sich nicht einmal als Mitbelehnung aufzufassen, da das Lehenedikt § 61 übereinstimmend mit den Grundsätzen des langobardischen Lehenrechts für die vom ersten Erwerber abstammenden Lehenserben diese Auffassung ausdrücklich ausschließt. Daß das Rechtsverhältniß der beiden Linien zu dem Lehen Burgsinn lediglich als Gemeinschaft zu ideellen Antheilen aufzufassen sei, ergibt sich schon aus der Belehnung selbst, die für jede Linie zur Hälfte erfolgte, aber auch daraus, daß das hier zur Anwendung kommende langobardische Lehenrecht unter mehreren Vasallen nur eine Betheiligung zu ideellen Antheilen anerkennt. Das langobardische Lehenrecht kennt eine Verleihung nur an physische Personen, einzeln oder an eine Mehrheit derselben, juristische Personen sind relativ lehensunfähig

Mayr Lehenrecht § 60, 7.

Beseler D. P. R. § 150, 11.

Mehrere Vasallen mögen sie durch Coinvestitur in den Mitbesitz des Lehens gekommen oder als gleichberechtigte Nachfolger eines Vasallen im ungetheilten Besitz des Lehens geblieben sein, werden als Mitbesitzer zu ideellen Theilen gedacht, deren Theile wenn nicht besonders bestimmt gleiche sind. Es fehlt also in den Beziehungen, in welchen nach langobardischem Lehenrecht mehrere Vasallen zu einem Lehen stehen, die erste Voraussetzung, welche nach dem oben Tit. I S. 66 f. angeführten für die Vertheidiger der Genossenschaftstheorie die Veranlassung gegeben hat, die Genossenschaft als ein zwischen universitas und societas oder communio in der Mitte stehendes Institut zu bezeichnen, das „Durchwachsensein des Rechts der Gesammtheit mit dem der einzelnen" vollständig. Präzisiren wir dieß nach dem Sprachgebrauch der älteren Juristen, so werden wir sagen: das langobardische Lehenrecht erkennt kein Gesammteigenthum am Lehen an wie das deutsche Lehenrecht bei der Gesammtbelehnung — oder um die neuere Terminologie (Beseler, Stobbe) anzuwenden:

die materielle Rechtsgemeinschaft des deutschen Lehenrechts ist dem langobardischen Lehenrecht nicht bekannt. Nach diesem liegen in den beiden Fällen, in welchen eine Mehrheit von Vasallen in Beziehungen zu einem Lehen stehen kann, dem römischen Recht analoge Verhältnisse vor, nämlich bei der coinvestitura ein dem Miteigenthum und bei der Communion unabgetheilter Vasallen ein dem der Miterben des Civilrechts analoges Verhältniß.

Es ist dieß nicht eine Abweichung in der theoretischen Auffassung, sondern es sind materiell verschiedene Rechtsverhältnisse, welche hier vorliegen. Die charakteristischen Merkmale der deutschrechtlichen Gesammtbelehnung bestehen nämlich darin:

a) Daß die Gesammthänder dem Lehensherrn gegenüber als eine Person behandelt

Stobbe in der Z. f. R. G. IV. 245
— Privatrecht § 81, 18
Duncker Gesammteigenthum 82 und 89

und daher bei der Belehnung

Albrecht Gewere 241
Mayr Lehenrecht § 135, 12
Homeyer Sachsenspiegel II. 2. 327 und 457
Stobbe Z. f. R. G. IV. 245

sowie bei Leistung des Lehendienstes

Stobbe Z. f. R. G. IV. 246
Duncker Gesammteigenthum 87

durch einen Lehenträger vertreten werden.

b) Daß bei der gesammten Hand die Dispositionen, soweit Vasallen eine solche überhaupt zusteht, nur von sämmtlichen Betheiligten gemeinsam getroffen werden können

Duncker Gesammteigenthum 89
Stobbe P. R. § 81, 16

c) Daß das Nutzungsrecht ein gemeinsames und nicht nach Quoten getheilt ist

Stobbe Z. f. R. G. IV. 244
Pätz L. R. § 62 h

d) daß die Gesammthänder unter sich ein das der Seitenverwandten ausschließendes Erbrecht haben

Stobbe Z. f. R. G. IV. 238.

Dunker Gesammteigenthum 82 und 89.

Alle diese Verhältnisse sind nach langobardischem Recht anders geregelt, denn

a) bei der Mitbelehnung des langobardischen Rechts wird jeder Vasall besonders belehnt, und kann sich nicht durch seinen Mitvasallen oder einen Dritten vertreten lassen, und ebenso muß jeder Betheiligte den Lehendienst für seinen Theil selbst entrichten. Gleiche Grundsätze gelten für unabgetheilte Mitvasallen.

II. Feud. 26. § 7.

b) Die mehreren Vasallen üben nach langobardischem Recht bezüglich des ihnen zukommenden Antheils am Lehen alle Rechte aus, die im Untereigenthum überhaupt begriffen sind.

Pätz Lehenrecht § 61, e.

c) Die Mitbelehnung setzt eine Verleihung zu ideellen Theilen voraus

Beseler P. R. § 153. I

und ebenso sind unabgetheilte Mitvasallen Mitbesitzer zu ideellen Theilen

Mayr Lehenrecht § 94, 3.

d) Bei der Mitbelehnung des langobardischen Rechts haben die Mitbelehnten an sich gar kein gegenseitiges Successionsrecht sondern nur auf Grund besonderer Festsetzung ein solches anzusprechen

I. Feud. 14 § 2. II. Feud. 85 und 90.

Beseler D. P. R. § 155, 1.

Das Successionsrecht der in ungetheilter Gemeinschaft verbleibenden Vasallen aber ist das allgemeine gesetzliche und dasselbe wie das der abgetheilten. Es sind dieß alles so zweifellose Rechtssätze, daß eine Meinungsverschiedenheit darüber gar nicht bestehen kann. Auch ist meines Wissens bisher nie der Versuch gemacht worden, die Theorie vom Gesammteigenthum oder der Genossenschaft auf die nach langobardischem Recht sich richtenden Rechtsverhältnisse anzuwenden, vielmehr nehmen die Anhänger der Lehre vom Gesammteigenthum sowohl

als die der Lehre von der Genossenschaft diese ausdrücklich davon aus

Mayr Lehenrecht § 70, 2 und 6.

Eichhorn P. R. § 209.

Beseler D. P. R. § 155.

Mit den Grundsätzen des langobardischen Lehenrechts ist die Anwendung der Genossenschaftstheorie auf das Rechtsverhältniß der mehreren im Lehensbesitz befindlichen Vasallen aber schon deßhalb nicht vereinbar, weil das langobardische Lehenrecht Beziehungen nur einzelner Vasallen zum Lehenherrn als Regel anerkennt, und deßhalb z. B. juristische Personen für relativ lehensunfähig erklärt, wobei die Hebung der Unfähigkeit nur in Folge besonderer Dispensation des Lehensherrn eintritt.

Weber Commentar III. 21.

Pätz Lehenrecht § 46 f.

Beseler D. P. R. § 150, 16.

Dieser auch bei uns anwendbare zweifellose Rechtssatz des langobardischen Lehenrechts kann auch nicht durch Observanz oder durch die Praxis beseitigt sein, da wie oben S. 109 gezeigt das Bayrische Lehenedikt die Bildung neuer Observanzen, die nach langobardischem Lehenrecht überhaupt nicht einseitig durch die Vasallen allein begründet werden können

s. mein Mecklenburgisches Lehenrecht § 3 II

allgemein ausschließt.

3) Aber auch wenn, wie oben ausgeführt, die Bestimmungen des hier anwendbaren langobardischen Lehenrechts der Anwendung des „modernen Instituts" nicht entgegenstünden, würde für die hier zunächst in Betracht kommende prozessuale Frage die in dem bezirksgerichtlichen Erkenntniß getroffene Entscheidung als nicht gerechtfertigt erscheinen. Es ist oben Tit. I S. 97 f. aus den Vorverhandlungen nachgewiesen, daß die Prozeßordnung von 1869 alle Gesellschaften und Vereine, welche einen regelmäßigen Wohnsitz und eine organisirte Vertretung haben, als prozessuale Einheit behandelt nicht aber solche, denen dieses Criterium abgeht. Dieß letztere ist durch die Bestimmung der Prozeßordnung Art. 193, 4 daß die Zustellung für die in Art. 16 bezeichneten Vereinigungen an ihre Vorstände oder die mit der Ver-

tretung der betreffenden Vereinigung beauftragten Mitglieder oder Beamten zu geschehen habe, noch dazu ausdrücklich ausgesprochen. Daß bei Vereinen, bei welchen eine derartige einheitliche Vertretung fehlt, die Zustellung an die betheiligten Gesellschaftsmitglieder zu geschehen habe, war in dem modificirten Entwurf ausdrücklich bestimmt. Entwurf mit Modifikationen Art. 175 Nr. 8 (Verh. d. G.-G.-A. d. K. d. A. B. B. II. 1. S. 262): „bei Vereinigungen der Art. 6 Abs. 2 „bezeichneten Art an sämmtliche Mitglieder des Vorstandes oder an „die mit der Vertretung vor Gericht beauftragten Mitglieder oder „Beamten, für den Fall aber, daß die Vereinigung keinen Vorstand „hat und auch keine Mitglieder oder Beamte derselben mit deren „Vertretung vor Gericht beauftragt sind, an die sämmtlichen bei der „Zustellung betheiligten Gesellschaftsmitglieder", und die jetzige Fassung wurde erst auf Antrag des Ministerialcommissärs (Verh. d. G.-G.-A. d. K. d. A. B.B. III. 1. S. 265) in natürlicher Consequenz der Stellung gewählt, welche im Laufe der Verhandlungen die Regierungsvertreter und Ausschußmitglieder zu der Frage einnahmen. Aber auch ganz abgesehen von dieser in den Verhandlungen des Gesetzgebungsausschußes hervortretenden Auffassung ergibt sich schon aus der Fassung, welche Art. 193, 4 der Prozeßordnung jetzt hat, daß Vereine ohne organisirte Vertretung nach unserem neuen Prozeßrecht nicht als prozessualische Einheit behandelt werden sollen und können. Daß aber die Beklagten eine solche organisirte Vertretung nicht haben, ist notorisch, und geht aus den Ausführungen der Kläger selbst hervor, die ihre Klage zunächst gegen die Freiherrlich von Thüngen'sche Gutsherrschaft Lutzischer Linie zu Roßbach und Weissenbach und Andreas'scher Linie zu Burgsinn richten, und auf die Einwendung der Beklagten, daß die Freiherrn von Thüngen keine organisirte Vereinigung bildeten, deren Vertreter eine den Vorschriften des Art. 193, 4 entsprechende Zustellung gemacht werden könnte, erwiderten, „daß bei adeligen Familien und besonders bei Existenz von „Familienfideicommissen der Inhaber der Fideicommißgüter der „Gutsherr oder die Gutsherrn als die Repräsentanten der adeligen „Familie erscheine, welche Gutsherrn die Rechte und Verpflichtungen „der gesammten Familie zu vertreten haben, wie auch der analoge „Ausdruck „Gutsherrschaft" bei fürstlichen oder diesen gleichgestellten

„adeligen Familie die fürstliche Familie als solche mit allen ihren „Theilen umfaßt. Hiebei ist es gleichgiltig, ob mehrere oder wie „viele Familienglieder vorhanden sind, und mit welchen Antheilen „von dem Familienvermögen sie als berechtigt erscheine. Dritten „Personen gegenüber haftet nur die Familie in der Person des Re„präsentanten, und kann deßhalb der Gemeinde Burgsinn nicht zuge„muthet werden, die einzelnen Glieder der freiherrlich von Thüngen„schen Familie beider Linien deren Antheile an dem Familienver„mögen und deren Verhältnisse zu einander zu berufen, diese Aus„gleichung ist vielmehr Sache der Familienglieder unter sich, und „hat die Klägerin den Vorschriften des Art. 165 der P.-O. Genüge „geleistet, wenn sie die Beklagten, wie geschehen, als die beklagte „Partei bezeichnete, zumal eine nähere Bezeichnung der Beklagten der „Natur der Sache nach gar nicht möglich erscheint.“

Motivirter Antrag der Gemeinde Burgsinn S. 5 f.

Diese Auffassung hat sich das bezirksgerichtliche Erkenntniß angeeignet, indem es S. 26 ausführt, die Familie von Thüngen sei eine Genossenschaft; Zustellungen an Genossenschaften erfolgten an ihre Vorstände oder die mit der Vertretung der Vereinigung betrauten Mitglieder; wer mit der Vertretung betraut sei, bestimme sich nach den Statuten; diese Statuten seien nicht bekannt, und ein Dritter könne gar nicht wissen, ob solche überhaupt bezüglich der Vertretung vor Gericht bestehen. Es genüge also, daß die Zustellung in dem Geschäftslokal der gemeinsamen Verwaltung in Burgsinn geschehen sei. Diese Auffassung ist offenbar unrichtig. Die Bestimmung in der neuen Prozeßordnung hat den Zweck, Vereinigungen die eine organisirte Vertretung haben eine einheitliche prozessualische Stellung zu geben, lediglich aus Nützlichkeitsgründen um ihren Rechtsverkehr zu erleichtern. Mit dieser Organisation müßen sie irgendwie in die Oeffentlichkeit getreten sein. In einem Fall dagegen, in welchem die Kläger selbst sagen, sie wüßten nicht, wer der Vertreter der angeblichen Genossenschaft sei, ja ob dieselbe überhaupt einen solchen habe, kann selbstverständlich von einer Anwendbarkeit der gesetzlichen Bestimmungen des Art. 16 und 193 der Prozeßordnung keine Rede sein. Es folgt dieß schon daraus, daß nach Pr.-O. Art. 452 der prozessualische Vertreter des Vereins für denselben

schwurpflichtig ist, daß demnach die Voraussetzungen der Prozeßordnung da, wo ein solcher Vertreter nicht vorhanden ist, nicht als gegeben erscheinen.

4) Aber nicht nur zu prozessualen Zwecken wird in dem angefochtenen Erkenntniß der Familie Rechtspersönlichkeit beigelegt, sondern sie wird auch als das Subjekt der betreffenden Rechte und Verpflichtungen erklärt, welches die Früchte des Streitobjekts bezogen habe, und daher für die Restitution derselben hafte. Direkt spricht das Erkenntniß (S. 30) aus, daß die seit der Litispendenz von 1716 fortwährend bestehende Genossenschaft der Gesammtfamilie der Freiherrn von Thüngen die dem Besitz der Gemeinde Burgsinn widerrechtlich entzogenen gemeinen Waldungen als Vereinigung an sich gezogen und genützt habe, und daß sie die Früchte restituiren müsse, die sie den einzelnen Freiherrn von Thüngen hinausgegeben habe. Dieser Versuch der Familie überhaupt eine von der der einzelnen Familienglieder getrennte Rechtspersönlichkeit beizulegen ist nicht neu, er findet sich schon im vorigen Jahrhundert, wie sich aus Kreittmayr Anmerkungen V. 30. 1 ergibt, der diese Auffassung zurückweist, vergl. auch Gerber in Jahrbücher für Dogmatik II. 360 und Unger Oe. P. R. § 42, 18. In unserer Praxis ist diese Auffassung nicht anerkannt und noch neuerdings in einem Erkenntniß des O. G. H. 1/6 1874 Sammlung von Entscheidungen des O. G. H. V. 4 zurückgewiesen. Speziell in dem vorliegenden Fall steht sie in Widerspruch mit den gesetzlichen Bestimmungen, wie sie oben S. 103 f. zusammengestellt sind und dem Wortlaut der Lehenbriefe.

§ 3.

Was in dem Vorstehenden im Allgemeinen ausgeführt wurde wird bestätigt durch den Inhalt der Lehenbriefe. Vor allem läßt die erste Belehnung eines Mitglieds der Lutzischen Linie keinen Zweifel darüber, daß sie die Bedeutung einer gemeinrechtlichen Mitbelehnung (Coinvestura juris Langobardici) hatte. Die Mitbelehnung erfolgte durch Lehenbrief 9/1 1627, in dem es heißt: „Bekennen ... daß — Wir dem Vesten Friedrich Albrecht von Thüngen

„zu rechtem Mannlehen . . . verliehen haben den halben Theil des „Schlosses Burgsinn mit allen . . . . Zu- und Eingehörungen, welches „alles er ... dem ganzen Geschlecht zum Besten, damit es nicht in „frembde Hand kommen mogte, mit sonderbahrer gnädiger Bewillig- „ung von seinem Vetter . . . Albrechten von Thüngen erkauft der- „selbe es auch schriftlich aufgegeben, hergegen sein Vetter Philipp „Caspar von Thüngen, vorerwähnten Albrechts von Thüngen „Bruder, den anderen halben Theil auch noch zu Lehen hat. Und „leihen gedachten Friedrich Albrecht von Thüngen solches alles . . „also daß er . . . und alle seine männliche Lehenerben dasselbe „alles . . . zu rechten Mannlehen haben nehmen und empfahen „sollen nach Manlehenßrecht und Gewohnheit . . . ." Das Rechts- verhältniß ist hier einfach folgendes: Die beiden Vasallen Philipp Caspar und Albrecht von Thüngen der Andreas'schen Linie besaßen das Lehen Burgsinn je zur Hälfte auf Grund der Belehnung von 1438. Albrecht von Thüngen verkaufte mit lehensherrlicher Genehmigung seinen Antheil an den in dieser Belehnung nicht be- griffenen Friedrich Albrecht von Thüngen, und damit war für die Lutzische Linie eine neue Belehnung gegeben, welche dieselbe Wirkung hatte, als wäre ein selbstständiges Lehen an der Hälfte von Burg- sinn für sie constituirt. Ebenso erhellt aus der Vergleichung der Lehenbriefe für die einzelnen Mitglieder der beiden Linien, daß hier nicht eine Gesammtbelehnung in dem Sinn des älteren deutschen Rechtes sondern eine Belehnung der in ungetheiltem Mitbesitz ihres Antheils verbleibenden Lehensfolger vorliegt. Es ergibt sich dieß nicht nur aus dem Umstand, daß nie ein Lehensträger aufge- stellt wird, und daß die Verleihung immer den Grundsätzen des gemeinen Rechts entsprechend erfolgt, sondern auch daraus, daß mit dem Tod eines Vasallen dessen Antheil von seinen Lehens- folgern gemuthet und von Seite des Lehensherrn diesen durch Wiederbelehnung übertragen wird. Es genügt in dieser Hinsicht eine Zusammenstellung der Lehensbriefe aller einzelnen gegenwärtig im Besitz befindlichen Vasallen, woraus sich zugleich von selbst ergibt, wie wenig Begründung der im angefochtenen Erkenntniß (S. 17) angeregte Zweifel hat ob die in dem Lehenedikt 7/7 1808 angeordnete Erbfolge auf den vorliegenden Fall Anwendung finde, da aus diesen

Lehenbriefen mit Evidenz hervorgeht, daß für das Lehen Burgsinn und zwar für beide Linien die in dem Lehenedikt bestimmte Primogenitur keine Anwendung gefunden hat.

Titel III.

§ 1.

Der dem Hauptprozeß zu Grund liegende Thatbestand ist, wie bereits in der in der Einleitung vorgetragenen Prozeßgeschichte angeführt ist, folgender: Ein Vorfahr der jetzigen Beklagten, Wilhelm von Thüngen, hatte im Jahre 1405 das Rittergut Burgsinn von dem Fürstbischof von Würzburg erkauft, und seine Söhne hatten 1438 dasselbe dem Markgrafen von Ansbach als Lehen offerirt. Da die Freiherrn von Thüngen die Ausdehnung ihrer gutsherrlichen Gewalt auch auf die Gemeinde Burgsinn behaupteten, so kamen sie mit den Einwohnern derselben, welche die Reichsunmittelbarkeit ansprachen, in fortdauernde Streitigkeiten, welche zu zahlreichen Prozessen bei dem R. K. G. führten.

Durch die in Folge davon erlassenen Mandate und Paritorien war zunächst der faktische Besitzstand der Gemeinde aufrecht erhalten, wie ihn das R. K. G. als wirklich vorhanden annahm (A. Erk. 5/10 1842 S. 81). Indessen kam es auch zu einer Entscheidung in petitorio. In dem Prozeß, welchen die im Besitz befindliche Gemeinde gegen die Freiherrn von Thüngen wegen Besitzstörung anhängig gemacht hatte, erging nämlich am 3. Juni 1622 gegen die letzteren ein Contumacialurtheil, durch welches die Freiherrn von Thüngen, da sie den zur Anstellung des petitorium vorgesteckten Termin nicht eingehalten hatten, zu ewigem Stillschweigen verurtheilt wurden, womit also der Gemeinde das Eigenthum der streitigen Objekte zugesprochen war. Da die Freiherrn von Thüngen diesem Erkenntniß nicht Folge leisteten, wurde gegen sie am 21. November 1626 die Reichsacht verhängt. Die Rechte und Objekte, in deren Besitz die Gemeinde durch das R. K. G. E. 17/10 1755 wieder eingesetzt wird, waren ihr daher durch das Contumacialerkenntniß vom 3/6 1622 schon in petitorio als Eigenthum zugesprochen

s. O. A. Erk. 5/12 1846 S. 145 und 157.

Zum Behuf der Ausführung dieses Erkenntnisses wurde nun die Gemeinde in die Thüngen'schen Lehengüter in Burgsinn im Jahre 1630 immittirt, und blieb in diesem Besitz, bis ihr derselbe in Gefolge des im Lehenrevokationsprozeß ergangenen Erkenntnisses vom 7/7 1697 wieder entzogen wurde. Bei Beginn des letzteren (1693) bestand also der Besitzstand der Gemeinde in Burgsinn:

a. aus denjenigen Rechten und Objekten, deren Besitzstand Gegenstand der alten Mandatsprozesse gewesen und deren Besitz ihr durch das R. K. G. E. von 1755 wieder zugesprochen wurde

s. A. Erk. 5/10 1842 S. 99;

b. aus den Lehengütern der geächteten Freiherrn von Thüngen in Burgsinn, in welche die Gemeinde in Folge der Execution von 1630 als Gläubigerin immittirt worden war

s. A. Erk. 5/10 1842 S. 100.

Die ersteren Objekte und Rechte besaß die Gemeinde Burgsinn seit dem Contumacialerkenntniß von 1622 als Eigenthümerin

s. O. A. Erk. 5/12 1846 S. 165,

in die letzteren war sie zum Zweck der Befriedigung ihres Schadensersatzanspruchs, also als Gläubigerin immittirt

s. O. A. Erk. 5/12 1846 S. 165.

Mit dem Aussterben der Descendenz der „Aechter" stellten nun die nächsten Agnaten, nämlich „der Generalfeldzeugmeister Johann „Carl von Thüngen und die übrigen Thüngen'schen Feudal„erben" ein Lehenrevokatorium, indem sie anführten, „daß er, Kläger, „wegen gleichen Wappen und Stammbaumes als a communi stipite „abstammender Agnatus zu diesem Stammmannlehen durch deren „ohne männliche Erben abgestorbenen Delinquenten Todesfall ein er„öffnetes Successionsrecht jure stemmatis gewonnen . . . welches „ihm per factum agnati illicitum . . . nicht könne benommen „werden . . . da die facta et excessus in persona delinquentis „erloschen, zumalen in feudis . . . folglich die Conclusio ganz wahr „sei, daß er cum consortibus den Zutritt zu dem Gut und allen „dessen Nutzungen a tempore delatae successionis habe und ihnen „nicht könne benommen werden." s. Mandatum de restituendis bonis 14/10 1692 bei Mader, Sammlung Reichsgerichtlicher Erkenntnisse VI. 99—109.

Gefordert war also die Ueberweisung derjenigen Güter und Rechte, in welche die Burgsinner Gemeinde in Folge der Execution von 1630 als Gläubigerin immittirt war. Daß in dem darauf erlassenen Mandat, in welchem diesem Antrag willfahrt wurde, die Rückgabe nur derjenigen Güter angeordnet werden sollte, in welche die Gemeinde als Gläubigerin immittirt war, erhellt zur Genüge aus folgender Motivirung: „hingegen selbige zu ohngesäumter Resti-„tution der Gebühr cum fructibus, und Bezeugung pflichtmäßigen „Gehorsams anweisen, ihr, beklagte Unterthanen, aber ohne einige „Exception, Ein- und Widerrede, auch ohngeachtet deren von denen „Bannitis verursachten Unkosten und Schadens (deßhalben, da ihr „noch ichtwas mit Recht zu fordern, und sie Spruchs und Forderung „zu erlassen nicht gemeint, an ihre Erben den Regreß zu suchen habet) „die per mortem Bannitorum vacant gewordene und auf sie, Impe-„tranten, per successionem ex pacto et providentia devolvirte ade-„liche Thüngische bishero usurpirte Güter cum omnibus appertinen-„tiis et causa restituirt.“

Mader VI. 107.

Es hatten also formell die Revokanten nichts weiter beantragt als Herausgabe der Güter und Rechte, in welche die Gemeinde in Folge der Execution als Gläubigerin immittirt war, und das Mandat, welches darauf erlassen wurde, hält sich gleichfalls in diesen Schranken, indem es die Gemeinde bezüglich des durch die bisherige Sequestration noch nicht gedeckten Schadens an die Erben (Universalsuccessoren) der „Aechter“ verweist.

Den gleichen Standpunkt nimmt das Erkenntniß 7/7 1697 ein, in welchem den Revokanten die im Jahre 1630 sequestrirten Güter definitiv zugesprochen wurden. Hier heißt es: „Daß gedachte Be-„klagte alle bishero genossene adeliche Thüngische Lehengüter, welche „hiebevor die im Jahre 1626 den 21. November in die Keyserliche „und Reichsacht erklärten weiland Philipps Caspar und Neydhardt „von Thüngen nebst der damals unmündigen Vormündern besessen, „und worin der Beklagten Vorfahren durch die weiland Herrn Ans-„helm Casimirn Churfürsten zu Mainz von hiesigem Kaiserlichen „Cammergericht im Jahre 1630 aufgetragene und vollzogene Execution „immittirt worden, oder welche sie sonsten nach beschehener Achts-

„erklärung zu sich genommen vorermeldten jetzigen Klägern als in-„vestirten Lehenssuccessoren sammt denen von Zeit der Kriegs-„Befestigung davon erhobenen Nutzungen zu restituiren und wieder „einzuräumen schuldig."

Mader VI. 119.

In dem Lehenrevokationserkenntniß von 1697 waren also nicht, wie das Erkenntniß des k. Kreis- und Stadtgerichts Würzburg 20/3 1841 S. 153 annimmt, außer den Thüngen'schen Lehengütern, welche die Gemeinde als immittirte Gläubigerin innehatte, auch alle diejenigen Objekte und Rechte den Herrn von Thüngen zugesprochen, welche die Gemeinde in Folge der alten Mandate zum Besitz und in Folge des Contumacialerkenntnisses von 1622 zum Eigenthum zugesprochen erhalten hatte, sondern das Erkenntniß von 1697 beschränkte seinen Ausspruch ausdrücklich auf diejenigen Güter, in welche die Gemeinde in Folge der Execution immittirt war oder „die „sie sonst nach beschehener Achtserklärung (d. h. seit 21. November „1626) zu sich genommen hatte". Damit war also, soferne man diesen Umstand kannte, die Restitution der Wälder, deren Eigenthum schon 1622 durch das Contumacialerkenntniß der Gemeinde zugesprochen war, ausgeschlossen. Erst in Folge des Vollzuges dieses Erkenntnisses wurden, da die alten Mandatsakten nicht vorlagen, die Revokationskläger in den Besitz der Objekte gesetzt, auf die sich das Lehenrevokationserkenntniß gar nicht erstreckte, namentlich in den Besitz des gegenwärtigen Streitobjekts. Es wurde also in der Execution den Klägern ein Objekt eingeantwortet, das ihnen in dem auszuführenden Erkenntniß gar nicht zugesprochen war, und zwar nur in Folge dieses Erkenntnisses. Hiegegen legte die Gemeinde das Rechtsmittel der Restitution ein, indem sie auf Grund der seitdem herbeigeschafften älteren Mandatsakten restitutio ex capite novorum nachsuchte. Dieses Rechtsmittel war nicht gegen den Tenor des Erkenntnisses 7/7 1697 gerichtet, sondern gegen die Ausführung desselben. Die Gemeinde wollte ja nichts, als daß die Execution lediglich auf das beschränkt bleibe, was durch das Erkenntniß 7/7 1697 der Klägerin zugesprochen war, nämlich Herausgabe der seit der Achtserklärung im Jahre 1626 der Gemeinde ausgeantworteten oder von ihr „zu sich genommenen" Thüngen'schen Güter und Rechte in Burg-

sinn. Nur soweit es sich um die vor 1626 im Besitz der Gemeinde befindlichen Rechte und Objekte handelte, die „durch die darauf erfolgte Execution und Parition“ den Klägern ausgeantwortet worden waren, war von Seite der Gemeinde das Rechtsmittel der Restitution eingelegt, und nur in diesem beschränkten Umfang wurde die Gemeinde restituirt. Wenn es daher in dem Tenor des R. K. G. Erkenntnisses 27/10 1755 auch heißt: „daß besagte Gemeinde Burg„sinn wider die den 7. Juli Anno 1697 ertheilte Urtheilen darauf „erfolgte Execution und Parition . . . in integrum zu restituiren . . .“, so ist dieß, wie dieß der gleich darauf folgende Satz des Erkenntnisses ergiebt, nur dahin aufzufassen, daß die Gemeinde zu restituiren sei, soweit ihr in Ausführung des Erkenntnisses vom 7/7 1697 die Herausgabe derjenigen Objekte und Rechte aufgetragen wurde, in deren Besitz sie schon vor der Achterklärung von 1626 gewesen war; denn daß durch das Erkenntniß 27/10 1755 die Ausführung des Erkenntnisses 7/7 1697, soweit sie sich auf die Rechte und Objekte beschränkte, in welche die Gemeinde als Gläubigerin immittirt war, nicht wieder aufgehoben wurde, da gegen diese eine Rechtsmittel gar nicht eingelegt war, ist zweifellos. In dieser Hinsicht äußert sich das O. A. G. E 5/12 1846 S. 123 dahin: „so ist es vorerst:

„a) unrichtig, daß durch das Erkenntniß von 1755 jenes vom „7. Juli 1697 und die darauf erfolgte Execution und Parition auch „bezüglich solcher Objekte und Rechte aufgehoben worden sei, welche „in den Mandatsprozessen nicht Gegenstand des Streites waren und „von der Gemeinde später nicht angefochten wurden. Das Erkenntniß „von 1755 spezificirt die einzelnen Rechte und Güter, bezüglich welcher „die Gemeinde wieder in den Stand gesetzt wird, wie vor dem 1693 „resuscitirten Prozesse. Es ergiebt sich daher von selbst, daß es in „allen anderen Beziehungen bei jenem Zustande verblieb, welchen das „Erkenntniß von 1697 und dessen Vollziehung hergestellt hatte.“

In Beziehung auf die in Gefolge der Achterklärung der Gemeinde eingeräumten Thüngen'schen Lehen ließ also das R. K. G. E. von 1755 den Ausspruch im Lehenrevokationsprozeß unberührt. Aber auch hinsichtlich der übrigen Objekte und Rechte wurde die Gemeinde nicht gegen das Erkenntniß 7/7 1697 restituirt, sondern nur gegen die Ausführung desselben, die sich irrthümlicher Weise auf Rechte

und Objekte erstreckte, die nach dem Tenor des Erkenntnisses den Klägern gar nicht zugesprochen waren. Das R. K. G. E. von 1755, das sich als ein Erkenntniß bezeichnet, durch welches die Beklagten gegen das Erkenntniß vom 7/7 1697 restituirt werden, hat also ganz andere Objekte als das letztere zum Gegenstand, und spricht der Gemeinde den Besitz von Objekten zu, der ihr durch das Erkenntniß vom 7/7 1697 gar nicht abgesprochen sondern nur bei der Execution desselben irrthümlich entzogen worden waren.

Welches Rechtsverhältniß als Grundlage dieses Erkenntnisses zu denken sei, ist nicht zweifellos. Zwar das nehmen auch die Kläger (Replik S. 28 und 65) und ebenso das Erkenntniß des k. Bezirksgerichts Lohr oben S. 25 an, daß wie das A. G. Erk. 5/10 1842 verschiedentlich namentlich S. 106 ausgesprochen hat, das R. K. G. E. von 1755 die Sache auf das possessorium zurückführe, also ein Erkenntniß in possessorio sei, und wenn man berücksichtigt, daß den jetzigen Beklagten darin das petitorium ausdrücklich vorbehalten ist, so scheint eine andere Auffassung auch kaum zulässig. Allein darin gehen die Meinungen auseinander, ob der Ausspruch des R. K. G. E. über die Verpflichtung zum Schadensersatz und zum Ersatz der Früchte dingliche Wirkung habe, die jetzt vorliegende Klage also eine dingliche Klage sei, wie die Kläger behaupten und das k. Bezirksgericht Lohr annimmt, oder ob derselbe nur eine persönliche Verpflichtung begründe wie das A. Erk. vom 5/10 1842 S. 121 bestimmt betont.

Die erstere Ansicht, welche sich das Erk. des k. Bezirksgerichts Lohr S. 33 angeeignet hat, wird von den Klägern Replik S. 53 und 57 im wesentlichen damit motivirt, daß das Erkenntniß von 1755 ein Restitutionsurtheil sei, welches die Gemeinde wieder in den Stand setze, in dem sie sich vor 1692 befunden habe. Diese Annahme entbehrt indessen nach dem eben ausgeführten der Begründung. Die Gemeinde wurde gar nicht in den Zustand wieder eingesetzt, in dem sie sich 1692 befunden hatte, denn damals war sie ja, wie Kläger selbst in der Replik S. 65 hervorhebt, Eigenthümerin der später in Streit begriffenen Objekte und ihre Gegner zum ewigen Stillschweigen verurtheilt; das Erkenntniß von 1755 hat vielmehr ein neues Rechtsverhältniß geschaffen, indem es zwar die Ausführung des Erkenntnisses vom 7. Juli 1697, in Folge deren der Gemeinde das jetzige

Streitobjekt entzogen worden war, außer Wirksamkeit setzte, andererseits aber die Gemeinde nicht einfach restituirte, sondern den Zustand wieder herstellte, wie er vor dem Contumacialerkenntniß von 1622 gewesen war. Die Veranlassung zu der letzteren Verfügung lag offenbar darin, daß man die Kläger im Lehenrevokationsprozeß als an die Wirkungen des Contumacialerkenntnisses von 1622 gebunden nicht erachtete, weil der Lehenfolger von den Wirkungen der contumacia seines Vorgängers nicht berührt werde.

Das neue Rechtsverhältniß, welches somit durch das R. K. G. E. von 1755 geschaffen wurde, beruhte demnach auf der Voraussetzung, daß mit Einleitung der Lehensrevokation im Jahre 1692 daß Contumacialurtheil von 1622 zwar insoferne seine Wirksamkeit verloren habe, als die Lehensrevokanten durch die contumacia ihrer Vorgänger nicht gebunden seien, daß aber andererseits die Gemeinde unrechtmäßiger Weise ihres Besitzes entsetzt worden sei, und daher in denselben wieder eingesetzt werde. Es wurde also dem Restitutionsgesuch die Wirkung der Spolienklage beigelegt. In der Ausführung des Erkenntnisses von 1697 ein Spolium zu sehen lag gar nicht so ferne, da dadurch den Klägern ein Objekt eingeantwortet worden war, welches ihnen in dem Erkenntniß von 1697 gar nicht zugesprochen war, was als eine Nullität begründend angesehen wurde. Daß aber gegen richterliche Verfügungen, die mit unheilbarer Nullität behaftet sind, wenn sonst die Voraussetzungen vorliegen, die Spolienklage gegeben sei, wurde wie jetzt so auch damals nicht bezweifelt

s. Bruns Besitzklagen 258.

Bekannt ist auch, wie geneigt man noch in der Mitte des vorigen Jahrhunderts war, den Begriff des Spolium auszudehnen und auch solche Fälle darunter zu subsumiren, die man jetzt nur unter den Gesichtspunkt der condictio possessionis stellen würde. Einem Erkenntniß gegenüber, das wie oben nachgewiesen, an inneren Widersprüchen leidet, und für dessen Motive aktenmäßige Anhaltspunkte nicht vorliegen, da Entscheidungsgründe nicht beigegeben sind, sind wir freilich nur auf Vermuthungen angewiesen; die eben erörterte Auffassung hat aber nicht nur die größte Wahrscheinlichkeit für sich, sondern sie ist auch die einzige, welche für das R. K. G. E. von

1755 überhaupt möglich ist, wenn unlösliche Widersprüche vermieden werden sollen.

Die Spolienklage ist aus dem durch die Bestimmungen des canonischen Rechts und der Praxis erweiterten Interdictum de vi hervorgegangen

Windscheid Pandekten § 162,

Seuffert Pandekten § 415.

Nach römischem Recht war das Interdictum de vi nur gegen den Dejicienten und seine Erben gegeben; gegen den dritten Besitzer der Sache fand es nicht statt.

l. 7 D. 43. 16. l. 3 § 10 D. 43. 17.

Bruns Recht des Besitzes 661.

Windscheid Pandekten § 160, 14.

Gegen den Erben des Dejicienten war es gegeben nur insoweit aus der Dejection etwas auf ihn gekommen war oder ohne seinen dolus an ihn gekommen wäre

l. 1 § 48 und l. 2 D. 43. 16. l. 3 pr. D. 43. 16.

Mehrere Erben hafteten nicht solidarisch, sondern nur für dasjenige, was jeder aus der Erbschaft erhalten, so daß allerdings ein Erbe für das Ganze in Anspruch genommen werden konnte, wenn das Ganze auf ihn allein übergegangen war

l. 9 pr. D. 43. 16.

Bruns Recht des Besitzes S. 67, 2.

Windscheid Pandekten § 160, 12.

Die Klage war eine persönliche

Unterholzner Schuldverhältnisse II. 361 c,

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht II. 246,

und ging gegen den Dejicienten auf Rückerstattung des Besitzes

l. 1 pr. § 1 D. 43. 16,

Seuffert Pandekten § 414, 10,

und wenn diese nicht möglich war, auf Leistung des Interesse des Besitzes

l. 6 D. 43 16: In interdicto unde vi tanti condemnatio facienda est quanti intersit possidere.

l. 1 § 42 D. 43. 16: Ex interdicto unde vi etiam is qui non possidet restituere cogetur.

Savigny Recht des Besitzes S. 443, 1.
Bruns Recht des Besitzes S. 67, 7.
Seuffert Pandekten § 414, 17.

„Accessorisch konnte mit dem Interdikt aber noch das gesammte „Interesse der Dejection (quanti interest dejectum non esse) ge„fordert werden". l. 1 § 41. D. 43. 16: Vivianus refert in hoc interdicto omnia quaecumque habiturus vel adsecuturus erat is qui dejectus est, si vi dejectus non esset, restitui aut eorum litem a judice aestimari debere eumque tantum consecuturum quanti sua interesset se vi dejectum non esse.

Savigny Recht des Besitzes 443,3,
Bruns Recht des Besitzes S. 67, 8,

namentlich Ersatz für Beschädigungen der Hauptsache oder anderer Sachen des Dejicirten

l. 1 § 35 D. 43. 16,
Savigny Recht des Besitzes S 444, 6,
Seuffert Pandekten §. 414, 13,

und für den durch Unterbrechung der Usucapion verursachten Schaden

Savigny Recht des Besitzes S. 444,
Seuffert Pandekten § 414, 14,

Herausgabe der durch die Besitzentziehung verlornen anderen Sachen des Klägers oder Ersatzleistung

l. 1. § 34 D. 43. 16,
Savigny Recht des Besitzes S. 444, 1,
Bruns Recht des Besitzes S. 67, 10,
Seuffert Pandekten § 414, 11,
Unterholzner Schuldverhältniß II. § 361, 1,

Restitution der Früchte der Sache, welche der Dejicient von dem Augenblick der dejectio an

l. 1 § 40 D. 43. 16: Ex die quo quis dejectus est fructuum ratio habetur quamvis in caeteris interdictis ex quo edita sunt non retro computantur

Savigny Recht des Besitzes S. 444, 4,
Seuffert Pandekten § 414, 12,

gezogen hat oder hätte ziehen können

l. 4 Cod. 8. 4: Si de possessione vi dejectus es, cum et lege

Julia vis privatae rerum postulare et ad instar interdicti unde vi convenire potes quo rerum causam omnem praestare oportet, in qua fructus etiam quos vetus possessor percipere potuit non tantum quos praedo percepit venire non ambigitur

Savigny Recht des Besitzes 444, 5.

In dem hier aufgeführten Umfang haftete der Dejicient jedoch nur ein Jahr lang von der Dejection an gerechnet, nach diesem Zeitpunkt haftete er nur für das, was er noch hatte

Savigny Recht des Besitzes 450,
Windscheid Pandekten § 160, 11,
Seuffert Pandekten § 414, 22,
Bruns Besitzklagen 260.

Nicht einmal der Dejicient selbst haftete also nach einem Jahr weiter als für positive Bereicherung, nämlich auf Rückgabe der Sache, wenn er sie noch besaß, der mit der Besitzentziehung erworbenen anderen Sachen des Klägers, wenn er sie noch hatte, und der gezogenen Früchte, dagegen nicht auf Leistung des Interesse des Besitzes, Ersatz für Beschädigungen der Hauptsache oder anderer Sachen des Dejicienten, auf den durch Unterbrechung der Usucapion verursachten Schaden, und Restitution der nicht gezogenen Früchte. Witte das Interdictum uti possidetis Leipzig 1863 S. 91–93.

Ich muß darauf besonderes Gewicht legen, weil diese Beschränkung der Haftung, die bei dem Dejicienten selbst durch Verlauf des annus utilis eintrat, den Maßstab für die Haftung des Erben bildete. Denn nach römischem Recht haftet der Erbe nur in derselben Weise wie der Dejicient nach Verlauf des annus utilis

Windscheid Pandekten § 160, 12.

Es ist allgemein anerkannt, daß die Grundsätze des römischen Rechts als solche nicht mehr Anwendung finden, daß die Rechtsmittel zur Wiedererlangung des Besitzes in ihrer jetzigen Gestaltung vielmehr auf nachrömischen Fortbildungen beruhen. Ueber Bedeutung und Umfang der letzteren sind die Meinungen indeß getheilt. Ob die Spolienklage, wie sie neuerdings der Kürze halber allgemein genannt wird, ein dem canonischen Recht entstammendes selbstständiges Rechtsmittel sei, wie dieß u. a. Geiger, Beiträge zur Lehre vom Interdictum unde vi Z. f. C. R. XIII. 286 und Bruns Besitz 219

und Besitzklagen 212 f. annehmen, und wie dieß früher nie bezweifelt wurde, oder nur eine sachgemäße Erweiterung und Umgestaltung des römischen Interdictum unde vi sei, wie dieß

Savigny Besitz § 50,
Mühlenbruch Pandekten § 244, 134 b,
Puchta Pandekten § 135 c,
Seuffert Pandekten § 415,
Sintenis Civilrecht § 124, 48,
Keller Pandekten § 157,
Heimbach im R. L. VIII. 231, 57,
Duncker über den Quasibesitz Z. f. d. R. II. 102

behaupten, bedarf hier keiner näheren Erörterung, da diese Meinungsverschiedenheit einen Einfluß auf die Auffassung des Rechtsverhältnisses nicht hat. Denn auch die Vertheidiger der ersteren Auffassung nehmen an, daß für das Rechtsmittel die Grundsätze des römischen Rechts über das Interdictum unde vi Anwendung finden, soweit nicht eine der „nachrömischen Fortbildungen" entgegensteht

Geiger in der Z. XIII. 283, 284, 286,
Bruns Recht des Besitzes 182,

und es darf dieß auch als in unserer neueren Praxis anerkannt angenommen werden

Erk. Oldenburg 1860, Seuffert XIX. 46,
Erk. Lübeck 6/6 71, Seuffert XXVI. 220.

Wie weit sich indessen diese Umgestaltung erstrecke, ist sehr bestritten. Namentlich gehen die Meinungen darüber auseinander, ob die Voraussetzung des Rechtsmittels wie nach römischem Recht eine vis atrox sei, oder ob es gegen jede eigenmächtige und widerrechtliche Besitzergreifung gegeben werde — ob es wie nach römischem Recht auf Immobilien beschränkt oder auf Mobilien ausgedehnt sei — ob die Klage auch dem bloßen Detentor zustehe oder ob sie juristischen Besitz auf Seite des Spoliirten voraussetze. Hier sollen als von unmittelbarem Interesse für die vorliegende Erörterung nur folgende Punkte einer näheren Prüfung unterworfen werden.

I. Haftung des dritten Besitzers. Dieß ist die erste und am weitesten reichende Ausdehnung des römischen Instituts. Sie beruht auf einer gesetzlichen Bestimmung von 1216 c. 18 X. de rest. spoliat.

(2. 13.): „Saepe contingit, quod spoliatus injuste, per spoliatorem „in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur „per restitutionis beneficium spoliato, commodo possessionis am„misso, propter difficultatem probationum juris, proprietatis am„mittit effectum. Unde non obstante juris civilis rigore sancimus „ut si quis de cetero scienter rem talem receperit, quum spolia„tori quasi succedat in vitium eo quod non multum intersit „praesertim quoad periculum animae injuste detinere ac invadere „alienum, contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis „beneficium succurratur." Dem Wortlaut nach soll hiernach derjenige, welcher durch den Dejicienten die Sache erhalten hat und zwar mit Kenntniß des von seinem Autor verübten Spoliums, dem Dejicirten ebenso wie sein Autor haften. Die Voraussetzungen sind daher

1) gegenwärtiger Besitz des Beklagten;
2) Erwerb durch einen singulären Titel von dem Dejicienten;
3) Kenntniß des Spoliums durch das der Autor (Dejicient) den Besitz erworben hat.

Vergleichen wir die Stellung des durch c. 18 X. (2. 13) für haftbar erklärten Singularsuccessors mit der Stellung des Universalsuccessors bei dem Interdictum unde vi, so finden sich folgende Unterschiede:

1. Der Erbe haftet bei dem Interdictum unde vi auch wenn er die geraubte Sache nicht besitzt, wenn er durch seinen dolus bewirkt hat, daß die Sache nicht an ihn gekommen ist

Seuffert Pandekten § 414, 26.

Der Singularsuccessor dagegen kann nur als gegenwärtiger Besitzer der Sache in Anspruch genommen werden.

c. 18 X. (2. 13) „contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur."

2. Bei dem Universalsuccessor kommt nichts darauf an, ob er von dem spolium Kenntniß hatte oder nicht, seine Haftung wird einzig und allein dadurch begründet, daß etwas aus dem spolium auf ihn gekommen ist oder ohne seinen dolus auf ihn gekommen wäre

l. 3 pr. D. 43. 16.

Der Singularsuccessor dagegen wird nach c. 18 X. (2. 13) als

successor in vitium angesehen, weil vorausgesetzt wird, daß er „scienter rem talem receperit."

3. Der Universalsuccessor haftet nur aus der Bereicherung, die ihm als Erben zu Theil geworden ist

l. 9 pr. D. 43 16.

Der Singularsuccessor wird als Dejicient behandelt und unterliegt den für diesen getroffenen gesetzlichen Bestimmungen

Bruns Besitzklagen 247.

Entscheidend ist, daß er eine spoliirte Sache von dem Dejicienten erworben hat und bei dem Erwerbsakt Kenntniß davon hatte, daß er eine spoliirte Sache von dem Dejicienten erwerbe,

si quis scienter rem talem receperit.

„Andere mala fides als die in Betreff des spolium begründet „also die Klage nicht und auch bei dieser nicht eine erst später nach „dem Erwerb erlangte Kenntniß scientia superveniens" (Bruns Besitzklagen 248).

Es ist also von Seite des Singularsuccessors immer eine Handlung erforderlich und zwar eine solche, bei welcher er im Moment der Handlung in mala fide war, während bei dem Universalsuccessor nur der Umstand entscheidet, daß mit der Erbschaft etwas von den spoliirten Sachen auf ihn gelangt ist oder ohne seinen dolus auf ihn gelangt wäre.

4. Der Universalsuccessor tritt in die Verbindlichkeit aus dem spolium seines Erblassers ein, weil er in omne jus mortui succedit

l. 37 D. 29. 2,

Bayr. Civilrecht § 369, 5.

Seine Haftung ist insoferne eine beschränktere als die seines Erblassers, als er immer nur in derselben Weise als dieser nach Verlauf des annus utilis in Anspruch genommen werden kann

Windscheid Pandekten § 160, 12.

Also auch der Erbe eines während des annus utilis verstorbenen Spolianten haftet nicht weiter als der Erbe eines nach Ablauf des annus utilis verstorbenen. Es hat dieß darin seinen Grund, daß die durch den Zeitraum des annus utilis begränzte Obligation des Spolianten als eine rein persönliche Obligation des Dejicienten erscheint, die mit seinem Tod erlischt und nicht auf die Erben übergeht

Bayr. Civilrecht § 367, 16,

oder nur in der Beschränkung übergeht, in der sie gegen den Dejicienten selbst nach Ablauf des annus utilis begründet ist. Der Singularsuccessor dagegen tritt nicht in die Obligationen seines Autors ein

Erk. O. A. G. Berlin 9/4 73, Seuffert XXVIII. 165.

Gegen ihn ist in c. 18 X. (2. 13) ein selbstständiges von den Besitzverhältnissen des Autors insoferne unabhängiges Klagerecht gegeben, als die diesem Rechtsmittel eigenthümliche Verjährung mit der Besitzerwerbung des Singularsuccessors zu laufen beginnt. Hatte also z. B. ein Dejicient nach Ablauf des annus utilis den Besitz auf einen Singularsuccessor übertragen, so wird für den letzteren, insoferne er spolii conscius ist, der annus utilis mit dem Moment des Besitzerwerbs zu laufen beginnen. Oder wenn man nach späterem Recht für die Spolienklage eine durchgehende 30jährige Verjährung annimmt, wenn der ursprüngliche Dejicient innerhalb der 30jährigen Verjährung den Besitz der Sache auf einen Singularsuccessor überträgt, so wird der letztere, insoferne er spolii conscius ist, innerhalb 30 Jahren von dem Beginn seines Besitzes an der Spolienklage ausgesetzt sein.

Wie die Verjährung der Klage, so ist auch der Inhalt der Verpflichtung für den nach römischem Recht haftenden Universalsuccessor eine ganz andere als die des Singularsuccessors nach canonischem Recht. Während nach römischem Recht der Universalsuccessor nur aus dem Delikt seines Erblassers so weit haftet, als er bereichert ist, haftet nach canonischem Recht der Singularsuccessor nur aus dem eignen Delikt, indem die Erwerbung mit scientia spolii der eignen Dejection gleichgestellt wird. Denn nach der Bestimmung des c. 18 X. (2. 13) haftet der Singularsuccessor, der von dem spolium gar nichts weiß oder erst nachträglich Kunde davon erhält, gar nicht, während der Singularsuccessor, der mit Bewußtsein des Spoliums den Besitz auf sich übertragen läßt, ausgedehnter haftet als der Universalsuccessor nach römischem Recht, ja unter Umständen einer ausgedehnteren Haftung unterliegen kann als sein Autor.

Die in c. 18 X. (2. 13) bestimmte Haftung des Singularsuccessors beruht demnach auf ganz anderen Grundlagen als die im

römischen Recht bestimmte Haftung des Universalsuccessors bei dem interdictum de vi, und hat auch ganz andere Wirkungen.

II. Verjährung. Von ebenso weitreichendem Einfluß sind die Umgestaltungen, welche sich durch die Veränderung der Verjährungsfristen an dem Institut vollzogen haben. Vor Allem bedarf es aber der Feststellung der jetzt anwendbaren Grundsätze:

Auch jetzt wird von Manchen noch angenommen, daß bei der Spolienklage die Bestimmungen des römischen Rechts namentlich hinsichtlich des annus utilis Anwendung finden

Böhmer J. Eccl. Protest. II. 13. § 13,
Geiger in Z. f. C. R. XIII. 284,
Duncker in Z. f. d. R. II. 109.

Die gewöhnliche Ansicht geht jedoch dahin, daß sie ohne Unterscheidung der einzelnen zu verfolgenden Ansprüche 30 Jahre dauere

s. die bei Danz summarische Prozesse § 56 c citirten älteren Schriftsteller, dann

Herwarth Z. f. C. R. XII. 321,
Heimbach R. L. VIII. 233, 63,
Windscheid Pandekten § 162, 9a,
Sintenis Civilrecht § 124, 48 a. E.

Dafür entscheidet auch Bayr. L. R. II. 5. 11 Nr. 9: „und „dauert auch diese Aktion überhaupt 30 Jahre lang ohne Distinktion „ob es die Sache selbst oder nur das Interesse und den Werth der„selben betreffe" und die ältere Preußische Praxis

Bornemann systematische Darstellung I. 268,
Koch Besitz 284.

Es liegt darin der Keim zu einer ebenso eingehenden Umgestaltung des Rechtsmittels als in der unter I aufgeführten Bestimmung, denn durch die Beseitigung der über Anstellung der Klage innerhalb des annus utilis getroffenen Bestimmungen wird die Haftung nicht nur des Dejicienten sondern auch der Erben eine andere, da wenn für den Dejicienten selbst die Haftung während der 30jährigen Verjährungszeit die gleiche und in dieser ganzen Zeit ebenso ausgedehnt ist wie nach römischem Recht innerhalb des annus utilis, auch die im römischen Recht begründete Beschränkung der Haftung der Erben auf die positive Bereicherung hinfällig wird. Es ist eine Consequenz

dieser Umgestaltung, daß der Dejicient und seine Erben innerhalb der 30jährigen Verjährungszeit ebenso haften wie nach römischem Recht der Dejicient innerhalb des annus utilis.

III. Haftung der Erben. Wie oben gezeigt, können nach römischem Recht bei dem Interdictum unde vi die Erben des Dejicienten überhaupt nur in Anspruch genommen werden, so weit etwas aus der Dejection auf sie gekommen ist, so weit sie also bereichert sind. Dieß ist nach übereinstimmender Ansicht durch die Praxis dahin erweitert, daß die Erben mit dem Betrag der Erbschaft haften

Sintenis Civilrecht § 29, 21 und 30,
Windscheid Pandekten § 359, 12,
Seuffert Pandekten § 282, 13.

Diese Haftung ist die gewöhnliche civilrechtliche, daher haften Miterben nicht solidarisch. So hat sich wenigstens das Rechtsverhältniß in der Praxis gestaltet, s. die Citate bei Windscheid Pandekten § 359, 12.

Als hier in Betracht kommend lassen sich demnach folgende leitende Grundsätze für die actio spolii aufstellen: Die actio spolii ist wie das Interdictum de vi eine persönliche Klage

Geiger in Z. f. C. R. Pr. XIII. 281,
Sintenis Civilrecht § 124, 48,
Erk. Wolfenbüttel 8/5 1868, Seuffert XXIII. 137.

Sie geht gegen den Dejicienten auf Rückerstattung des Besitzes oder Leistung des Interesses des Besitzes, Ersatz für Beschädigung der Hauptsache oder anderer Sachen des Dejicirten, für den durch Unterbrechung der Usucapion verursachten Schaden, Herausgabe der durch die Besitzentziehung verlornen anderen Sachen des Klägers oder Ersatzleistung, Restitution der Früchte der Sache, welche der Dejicient gezogen hat oder hätte ziehen können. Der gleichen Haftung unterliegen seine Erben, jedoch nur bis zum Betrag der Erbschaft. Die gleiche Haftung wie den Dejicienten trifft den dritten Erwerber, welcher bei dem Erwerb Kenntniß des spolium hatte, für seine Besitzzeit, und diese Haftung geht wie beim Dejicienten auf seine Erben über. Dagegen haftet der dritte Erwerber nicht für den seinen Autor treffenden Schadensersatz.

§ 2.

Für die Entscheidung in der vorliegenden Rechtssache ist es präjudiziell zu bestimmen, welche Stellung die Beklagten in dem Rechtsstreit einnehmen, ob sie als Universalsuccessoren oder als Singularsuccessoren der ursprünglichen Kläger erscheinen. Es ist seit langer Zeit bestritten, welche Bedeutung vom Standpunkt des Civilrechts aus betrachtet der Lehenssuccession zukomme. Zwar das ist unbestritten, daß sie nicht allgemein unter den Gesichtspunkt der Universalsuccession subsumirt werden dürfe, und es ist deßhalb die Ansicht von

Mayer Lehenrecht § 78, 14,

der nach einer angeblichen Mittheilung Albrechts die Succession auch der Seitenverwandten als Universalsuccession definiren wollte, allgemein verworfen

Pfeiffer Lehenssuccession R. L. VI. 517,
Hillebrand P. R. § 202, 5,
Beseler D. P. R. § 164, 10.

Dagegen waren schon seit der Zeit der Glossatoren die Meinungen darüber getheilt, ob die Lehenssuccession durchgängig die Bedeutung der Singularsuccession habe oder ob zwischen der Succession der Seitenverwandten und der der Descendenten zu unterscheiden und nur die erstere als Singularsuccession, die letztere aber als Universalsuccession aufzufassen sei. Die letztere Ansicht, welche schon in älterer Zeit zahlreiche Anhänger hatte — s. die Literaturangaben bei Weber Handbuch III. 428 c. — wird auch neuerdings noch von angesehenen Juristen vertheidigt

Hennemann über II Feud. 45 Schwerin 1804,
Michelsen über II Feud. 45 in Z. f. d. R. V. 210,
Eichhorn D. P. R. (1845) § 353,
Beseler D. P. R. (1873) § 164.

Die Veranlassung dazu wurde in der bekannten Bestimmung II Feud. 45: „Si contingerit vasallum sine omni prole decedere, „agnatus, ad quem universa hereditas pertinet, repudiata hereditate „feudum, si paternum fuerit, retinere poterit, nec de debito here„ditario aliquid feudi nomine solvere cogitur, sed in fructibus, „si quis reliquit, ut de eis debitum solvatur, quo tempore de„cesserit, secundum quod supra diximus, considerabitur. Ubi

„vero filium reliquit, ipse non potest hereditatem sine beneficio „repudiare, sed aut utrumque retineat, aut utrumque repudiet. „Quo repudiato, ad agnatos, si paternum sit, pertinebit, et licet „alterum sine altero retinere non possit, agnatis tamen consen-„tientibus, poterit dominus eum, si voluerit, quasi de novo bene-„ficio investire, quo facto licebit ei repudiata hereditate feudum „tenere, nullo onere hereditario imminente" und II Feud. 51. § 4: „Filius non potest recusare hereditatem patris absque feudo, „propinquus autem potest" gefunden, indem die Vertheidiger der letzteren Ansicht von der Voraussetzung ausgehen, daß darin für alle Fälle die Nothwendigkeit der Verbindung der Allodial= und Lehens=succession ausgesprochen sei, so daß nach langobardischem Lehenrecht der Sohn immer und unter allen Verhältnissen in das gesammte Vermögen des Vaters ohne Unterscheidung der Allodial= und Lehens=qualität succediren müsse, und daß er daher mit den Lehensfrüchten immer für die aus dem Allodialnachlaß nicht gedeckten Verbindlich=keiten seines Ascendenten hafte. Allein die erste Voraussetzung ist von vorneherein unrichtig, da in der gesetzlichen Bestimmung nur ausgesprochen ist, daß der Sohn die Erbschaft des Vaters nicht aus=schlagen dürfe, wenn sie ihm deferirt sei. Mit Recht wird daher hervorgehoben, daß die Verbindung der Lehens= und Allodialsuccession dann nicht gegeben sei, wenn der Sohn, dem die Lehensfolge eröffnet ist, zur väterlichen Erbschaft nicht gerufen wird, weil er durch die väterliche Verfügung enterbt oder übergangen ist

Weber Handbuch III. 439,

Schmid Handbuch II. § 43, 37 f.

Ebenso wird die aus der nothwendigen Verbindung der Lehens= und Allodialsuccession gezogene Consequenz der ausnahmslosen Haf=tung des Descendenten mit den Lehensfrüchten mit Recht in Abrede gezogen. Die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht geben näm=lich zwar zu, daß der im Lehen succedirende Descendent hinsichtlich der väterlichen Verlassenschaft der Rechtswohlthat des Inventars sich bedienen könne und dieses für die Allodialerbschaft die bekannten civilrechtlichen Wirkungen habe, daß dagegen die Rechtswohlthat des Inventars ihn für seine Person von der Haftung für die Allodial=schulden mit den Lehensfrüchten nicht befreie, daß er vielmehr für

alle Allodialschulden seines Vaters mit den während der Dauer seines dominium utile entfallenden Lehensfrüchten hafte

Eichhorn D. P. R. § 361, h,

Mayr Lehenrecht § 80, b,

s. die Citate bei Weber Handbuch III. 452, c,

indem sie annehmen, daß die Lehensfrüchte als Interessen zu Kapital angeschlagen die Schätzung des Lehens ausmachen, und daß es deßhalb dem Sinne des langobardischen Rechts gemäß sei, daß der Sohn zur Bezahlung der väterlichen Schulden nur nach den Kräften des Schätzungsanschlags der Allodial- und Feudalverlassenschaft verbunden werde

s. die Citate bei Weber Handbuch III. 452 a.

Gegen diese Ansicht wurden schon früher verschiedene Bedenken erhoben

s. die Citate bei Weber Handbuch III. 452 c,

Kamptz über II Feud. 45 S. 113,

Pätz Lehenrecht § 120,

und es sind diese am besten zusammengefaßt bei Schmid Handbuch § 43, 49, der sich folgendermaßen äußert: „Diese Ansicht läßt sich „aber insoferne, als sie die gewöhnlichen Wirkungen des beneficium „inventarii zum Nachtheil der Descendenten des Vasallen beschränkt, „aus dem Grunde nicht billigen, weil in den angeführten Lehens„gesetzen nur die singuläre Vorschrift enthalten ist, daß die Descen„denten des bisherigen Vasallen, wenn sie zur Lehensfolge gelangen „wollen, die ihnen zugleich deferirte Allodialerbschaft desselben nicht „ausschlagen dürfen. Treten sie nun die Allodialerbschaft an, so „gelten über diese Antretung unverändert die allgemeinen Grundsätze „des Civilrechts, da in jenen Stellen des langobardischen Lehenrechts „keine Beschränkung derselben enthalten ist. Es ist daher auch kein „Grund vorhanden, einer cum beneficio inventarii erfolgten Erb„schaftsantretung die gewöhnlichen Wirkungen zu entziehen, und ins„besondere liegt ein solcher in dem Umstande nicht, daß es der Wir„kung nach einerlei ist, ob der Sohn die väterliche Erbschaft aus„schlägt oder die väterlichen Gläubiger nur nach dem Betrage der „Erbschaft befriedigt. Daß nämlich die Wirkungen der Erbschafts„antretung hier andere als die gewöhnlichen sein sollen, ist in dem

„langobardischen Lehenrecht nicht verordnet, und es muß daher, wenn „auch dadurch für die Gläubiger ein gleiches Resultat wie im Fall „der Ausschlagung der Erbschaft sich ergiebt, hier, wie in andern „Fällen, dem Erben die Befugniß eingeräumt werden, durch die An-„wendung des beneficium inventarii die ihm als Erben obliegende „Verbindlichkeit auf den Betrag der Allodialerbschaft zu beschränken. „Zu der letzteren gehört aber weder das Lehen selbst, noch der an „den succedirenden Lehensfolger, als solchen, fallende Ertrag des-„selben.“

Gegen die aus II Feud. 45 gezogenen Folgerungen ist übrigens noch hervorzuheben, daß in der Zeit, in welcher der liber feudorum entstand, dem langobardischen Recht wie dem deutschen Recht überhaupt der Begriff der Universalsuccession fremd war, und daß daher der Sinn, den jetzt die Vertheidiger der Universalsuccession damit verbinden, von dem Gesetzgeber in die Worte der Stelle nicht gelegt sein konnte. Dieß ist ausgeführt in Erk. des O. A. G. Rostock 2/10 1862, Buchka und Budde Entscheidungen V. 195, wo es heißt: „Im Rechtssystem des Mittelalters erscheint das Vermögen eines „Menschen noch überall nicht als ein einheitliches Ganzes; eine „Universalsuccession giebt es weder in der landrechtlichen noch in der „lehenrechtlichen Sphäre. Mit dem Tode zerfällt das Vermögen des „Verstorbenen in seine einzelnen Bestandtheile, es scheiden sich nicht „blos die feudalen von den allodialen Objekten, es lösen sich viel-„mehr auch innerhalb des landrechtlichen Gebietes die Liegenschaften „von der Fahrniß, die Schulden des Todten werden aus den ver-„äußerlichen Gegenständen seines Nachlasses entrichtet, niemals haftet „ein Erbe mit der eigenen Person und eigenen Mitteln. In diesem „Systeme ist für Lehensschulden noch kein Raum. Als nun seit der „Reception des Römischen Rechts der landrechtliche Nachlaß zur „hereditas und der Erbe zum heres geworden war, blieb diese Neue-„rung dem Lehenrechte fremd und konnte um so weniger Eingang „finden, als die mit dem Römischen Rechte bekannten Quellenschrift-„steller selbst (II Feud. 45) das feudum als eine einzelne Sache der „universa hereditas entgegengestellt hatten; der Lehensfolger behaup-„tete sich in der Stellung eines deutschen Erben, welcher nur für „diejenigen Schulden des Erblassers, für welche die ihm angefallenen

„Nachlaßobjekte veräußerlich sind, und nur so weit diese Deckungs„mittel reichen, verhaftet ist.“ Ich habe mich daher schon früher dahin ausgesprochen, daß gemeinrechtlich die Lehenssuccession auch der Descendenten die Bedeutung der Singularsuccession habe

s. mein Mecklenburgisches Lehenrecht § 47, 5,
mein Bayr. Civilrecht § 208, 11.

Für das Bayerische Recht kommt aber überdieß in Betracht, daß hier die Auffassung der Lehenssuccession als Singularsuccession keinem Zweifel unterliegen kann, indem hiernach die im gemeinen Recht begründete Ausnahme für Descendenten ausdrücklich ausgeschlossen ist. Lehenedikt 1808 § 58: „Der Lehenerbe kann die Allo„dialerbschaft selbst seines Vaters ausschlagen“

s. mein Bayr. Civilrecht § 208, 10,

was jedenfalls für das Rechtsverhältniß der jetzigen Beklagten entscheidend ist, deren Betheiligung ausnahmslos aus der Zeit nach 1828 herrührt, auf welche also die Bestimmungen des Lehenedikts von 1808 Anwendung finden. Das Lehenedikt läßt diesen Rechtssatz ausnahmslos also auch bei alten Lehen gelten, bei welchen wie oben Tit. II. S. 101 gezeigt, die Succession nach älterem Recht sich richtet. Nach Bayrischem Recht ist die Lehenssuccession der Agnaten und Descendenten gleichgestellt; es ist zufällig, wenn die letzteren zugleich Allodialsuccessoren ihres Ascendenten sind, auch die Lehenssuccession der Descendenten und demnach die Lehenssuccession überhaupt ist nach Bayrischem Recht nur Singularsuccession.

§ 3.

Die Feststellung des Umfangs, welcher dem in dem R. K. G. E. von 1755 bestimmten Entschädigungsanspruch zukommt, bietet nicht geringe Schwierigkeiten. Es handelt sich hier um ein Rechtsverhältniß, für welches die civilrechtlichen Regeln nur insoweit in Anwendung gebracht werden dürfen, als nicht die Bestimmungen des Lehenrechts entgegenstehen. Es tritt dieß in folgenden Punkten hervor:

1. Es beruht nur auf den Grundsätzen des Lehenrechts, daß die jetzigen Beklagten genöthigt wurden, in den Prozeß als domini litis einzutreten. Die Lehensbesitzer sind in ihrer Eigenschaft als Lehens-

folger legitimi contradictores in allen auf das Lehensobjekt bezüglichen Prozessen, und es kommt dabei nicht in Betracht, in welchem Rechtsverhältniß sie zu den Vorgängern im Lehensbesitz und im Lehensprozeß stehen, ob sie zugleich die Allodialerben derselben sind oder nicht. Nicht weil sie einen Vorgänger im Lehenbesitz zu repräsentiren und also facta defuncti zu prästiren haben, liegt ihnen diese Verpflichtung ob, sondern weil sie kraft positiver Bestimmung in allen das Lehen betreffenden Rechtsstreitigkeiten aktiv und passiv allein legitimirt sind. II. Feud. 43: „Si controversia inter vasallum et „alium de beneficio fuerit, adversario proprietatem totius vel par„tem vel aliud aliquod jus sibi vindicante, causa per vasallum „etiam domino absente proprio ad finem perducatur. Ipse enim „solus utiliter agendi et excipiendi habet potestatem; et si pro „eo aut contra cum judicatum fuerit, vel cum adversario transe„gerit, dummodo fraudulenter actum non sit, etiamsi post bene„ficium domino aperiatur, tale erit, ac si eo agente judicatum „fuisset, et ideo ab eo ratum haberi oportet.“

Schmid Handbuch § 40, 93,
Weber Handbuch IV. 358,
Mayr Lehenrecht § 119, III.,
O. A. Erk. 5/12 1846 S. 77.

Daher muß der Lehensfolger in einen gegen einen früheren Vasallen begonnenen Prozeß über das Lehensobjekt eintreten, auch wenn er diesem gegenüber nur die Stellung eines Singularsuccessors hat.

2. Das Resultat eines rite geführten Prozesses verbindet sowohl die Lehenssuccessoren als den Lehensherrn

Weber Handbuch IV. 360 g,

und es ist insoferne der beklagte Vasall als der Vertreter des Lehensherrn sowohl als der Lehensfolger anzusehen

Schmid Handbuch § 40, 93.

Dieß gilt jedoch nur insoweit das Erkenntniß das dominium utile selbst betrifft. Soweit es sich dagegen um Verhältnisse handelt, die nicht dem Bereich des Lehenrechts angehören, die also allodialer Natur sind, hat ein solches Erkenntniß nur die gewöhnlichen civilrechtlichen Wirkungen. Jeder Vasall repräsentirt eine doppelte Persönlichkeit, indem er zugleich Vertreter des dominium utile und

Eigenthümer seines Allodialvermögens ist. Auch bei einer in Hinsicht auf das Lehen gegen ihn gestellten Klage läßt sich diese Verbindung erkennen und tritt bestimmend hervor. Der Umstand, daß der Vasall als Beklagter das ganze Rechtsverhältniß zu vertreten hat, ist ohne Einfluß auf die rechtliche Natur der einzelnen in einem Rechtsstreit zusammengefaßten Ansprüche. Die Verurtheilung des in einen Lehensprozeß verwickelten Vasallen zu einer Geldleistung verbindet die Lehenfolger und den Lehenherrn nur, wenn sie auf Grund eines Anspruchs erfolgt, der die Natur der Lehensschuld hat, oder wenn durch den Ausspruch eine Lehensschuld neu constituirt wird. Ein Beispiel der ersteren Art ist, wenn der Vasall zur Alimentation des wegen Unfähigkeit von der Lehensfolge Ausgeschlossenen verurtheilt wird

Schmid Handbuch § 40, 115,

ein Beispiel der zweiten Art ist die Verurtheilung des Vasallen in die Kosten eines im Interesse sämmtlicher Lehenfolger geführten Prozesses

Schmid Handbuch § 40, 118.

Die Leistungen dagegen, zu welchen in dem R. K. G. E. von 1755 die Kläger verurtheilt sind, und die nunmehr eingeklagt werden, können ihrer Natur nach nie zur Begründung einer Lehensschuld führen. Die Verurtheilung eines Vasallen in den Ersatz der Früchte eines Objektes, das er bisher als Lehen innegehabt, und dessen Besitz dem Gegner in possessorio zugesprochen wird, kann nur auf dem Gesichtspunkt der Bereicherung oder der Entschädigung beruhen. Was das erstere betrifft, so ist die Bereicherung selbstverständlich ein Titel nur für eine Allodialschuld, da ja nach bekannten Rechtsgrundsätzen die Früchte mit der Perception Allod werden

Mayr Lehenrecht § 119, 6 und § 144, 1,
Bayr. Civilrecht § 144, 3.

Ebenso ist aber die Entschädigungspflicht eine persönliche Verbindlichkeit des Vasallen, der dazu verurtheilt ist, und kann nur gegen seinen Allodialnachlaß geltend gemacht werden, so z. B. bei der Ersatzpflicht für Deteriorationen

Mayr Lehenrecht § 143, 7,

Beseler P. R. § 163, 20,

Gerber P. R. § 131, 8.

Die Lehenssuccessoren können dafür in Anspruch genommen werden nur, wenn sie überhaupt Allodialsuccessoren des verurtheilten Vasallen sind.

Geht man von dem wie mir scheint allein richtigen Gesichtspunkt aus, daß das R. K. G. E. von 1755 lediglich in possessorio entscheide, indem die durch den Akt im Lehensrevokatorium des Besitzes entsetzte Gemeinde in diesen wieder eingesetzt wurde

A. Erk. 5/10 1842, S. 81, 88, 94, 106,

so darf man es als zweifellos bezeichnen, daß das R. K. G. E. unter der Annahme, daß in der auf irrigen Voraussetzungen beruhenden Besitzentziehung ein spolium liege, eine Verfügung erließ, wie sie sonst einen Spolienprozeß zum Abschluß bringt, nämlich die Kläger verurtheilte, der beklagten Gemeinde den in Gefolge des Lehenrevokatoriums verlornen Besitz wieder einzuräumen und ihr allen Schaden zu ersetzen. Daß dabei ein anderer Gesichtspunkt obgewaltet, ist deßhalb nicht anzunehmen, weil man in der Mitte des vorigen Jahrhunderts keinen anderen Standpunkt kannte. Es entsprach der Auffassung der damaligen Zeit, die Fälle der unheilbaren Nichtigkeit möglichst zu vervielfältigen, den Begriff des spolium möglichst auszudehnen und den Irrthum des Richters, der ein unrichtiges Objekt herausgegeben, der Partei zuzuschieben, indem man diese als Spolianten behandelte und der irrthümlich entsetzten Partei ein Klagerecht gegen die in den Besitz gesetzte Partei einräumte oder wie hier eine derartige Klagestellung fingirte. Es ist dabei an den Fall zu denken, den

Bruns Besitzklagen 259 d

erörtert, daß nämlich der durch die Behörde in den Besitz Eingewiesene als Mandant Ratihabent oder spolii conscius der Spolienklage seines Gegners ausgesetzt ist. Jetzt würde freilich kein Richter mehr in dieser Art erkennen; man würde jetzt dem irrthümlicher Weise des Besitzes Entsetzten nicht durch die sehr gezwungene Annahme eines Spoliums zu Hülfe zu kommen genöthigt sein, da er ja sich der condictio possessionis bedienen kann. Diese kannte man freilich im Jahre 1755 noch nicht, aber es liegt darin eine Veranlassung für

den jetzt urtheilenden Richter, ein Erkenntniß, das einen unserer jetzigen Auffassung diametral entgegenstehenden Standpunkt einnimmt, auf das strikteste zu interpretiren und nicht weiter auszudehnen, als die eingetretene Rechtskraft es unbedingt nothwendig macht. Hiernach erscheinen nur die damaligen Kläger zur Restitution der Nutzungen und zur Entschädigung verurtheilt, und es ist zunächst Sache der Liquidation, festzustellen, welcher Betrag auf Grund des Erkenntnisses von diesen nämlich den hinterlassenen Kindern des Johann Carl und Philipp Adam von Thüngen gefordert werden konnte. Mit dem Hinwegfallen dieser ursprünglichen Kläger ging die ihnen auferlegte Verpflichtung auf ihre Universalsuccessoren über und zwar in der beschränkten Weise, welche oben S. 134 näher erörtert ist. Gegen diese Universalsuccessoren allein ist die Klage gegeben. Die jetzigen Beklagten würden als die richtigen Beklagten nur dann erscheinen, wenn die Kläger behaupten und nachweisen könnten, daß sie als Universalsuccessoren der ursprünglich Verpflichteten für den ganzen Betrag zu haften verbunden seien. Dieses letztere würde überdieß den Nachweis voraussetzen, daß die jetzigen Beklagten die einzigen Universalsuccessoren der im R. K. G. E. von 1755 Verurtheilten seien, da Miterben nicht solidarisch haften, der einzelne Miterbe demnach nicht auf das Ganze belangt werden kann, und daß diese Haftung den Betrag der Erbschaft nicht übersteige

Windscheid Pandekten § 359, 12.

Bezüglich der etwa weiter zu liquidirenden Ansprüche, welche nicht gegen die ursprünglichen Kläger zu verfolgen waren, nämlich der Ansprüche auf Ersatz der seit 1755 gezogenen Nutzungen, muß vor allem hergestellt werden, welches Rechtsverhältniß für die Lehenfolger dieser ursprünglichen Kläger also der im R. K. G. E. 1755 zur Restitution verurtheilten Lehensbesitzer anzunehmen sei, insoferne sie als Singularsuccessoren anzusehen sind. Geht man von dem Gesichtspunkt aus, daß die Besitzeinweisung der ursprünglichen Kläger als spolium aufzufassen sei, so bietet sich für die Auffassung des Rechtsverhältnisses ihrer Lehenssuccessoren zunächst der Gesichtspunkt der Singularsuccession mit Kenntniß von der Dejektion, wie er in seinen Voraussetzungen und Wirkungen oben S. 129 bereits erörtert ist. Man müßte sich also dabei denken, daß das Objekt durch so

viele Dejicienten, als es Singularsuccessoren waren, bis auf die jetzigen Inhaber herunter spoliirt worden sei, und zwar müßte dieses Rechtsverhältniß etwa folgendermaßen construirt werden: Das Streitobjekt wurde von den ursprünglichen Dejicienten als lehnbar in Anspruch genommen und seit dem Lehenrevokatorium mit ihren Lehen vereinigt. Als lehnbar ging es durch die verschiedenen Generationen auf die Lehenssuccessoren der ursprünglichen Dejicienten über. Jeder Lehenssuccessor nahm mit der Succession Antheil an dem Streitobjekt und wurde für seinen ideellen Antheil an dem Lehen auch ideeller Theilhaber an dem Streitobjekt, das zu dem ihm zustehenden ideellen Theil auf ihn als Singularsuccessor überging, und zwar war er bei dieser Erwerbung spolii conscius, unterlag also den oben erörterten Bestimmungen des c. 18 X. (2. 13). Mit der Lehenssuccession begann für ihn die Verpflichtung, welcher der Dejicient unterliegt, nämlich die Verbindlichkeit zur Restitution seines ideellen Antheils an dem Besitz, und zu der accessorischen Schadensersatzleistung, deren Inhalt oben S. 134 näher festgestellt ist, ohne daß die Verpflichtung seines Vorgängers in letzterer Hinsicht auf ihn übergegangen wäre. Diese wurde vielmehr bei jedem einzelnen Singularsuccessor mit seinem Tod ausschließlich auf seine Universalsuccessoren übertragen. Mit jedem Successionsfall trennte sich daher die Verbindlichkeit bezüglich des Objekts und bezüglich der Interessenleistung. Während für den Singularsuccessor nur eine Verbindlichkeit hinsichtlich des ersteren entstand, indem er rücksichtlich des mit seinem ideellen Antheil am Lehen verbundenen ideellen Theil des Streitobjekts als Dejicient behandelt wurde, und von dem Moment seiner Succession an für diesen ideellen Antheil als solcher haftete, war mit dem Tod des Vorgängers die Klage gegen die Universalsuccessoren desselben gegeben, wie sie oben S. 134 näher charakterisirt ist, nämlich auf Leistung des Interesse des Besitzes, wenn der Kläger dieß der Klage gegen den jetzt besitzenden Singularsuccessor vorzog, und auf die accessorische Schadensersatzklage für denjenigen Zeitraum, in welchem der verstorbene Vasall Mitbesitzer des Streitobjekts war, wobei sich jedoch der Unterschied ergiebt, daß während in ersterer Beziehung der Kläger die Wahl hatte, ob er den Singularsuccessor auf Herausgabe des Objekts oder die Universalsuccessoren des Vorgängers

auf das Interesse des Besitzes belangen wollte, ihm in letzterer Hinsicht ein solches Wahlrecht nicht zustand, die accessorische Klage vielmehr nur gegen die Universalsuccessoren der einzelnen früheren Besitzer gerichtet werden konnte. Daraus läßt sich auch die Entscheidung der Frage ziehen, inwieferne von diesem Standpunkt aus hinsichtlich der einzelnen Ansprüche eine Solidarhaft der Beklagten begründet sei oder nicht. Man muß hier nämlich unterscheiden. Die mehreren Singularsuccessoren, welche als Lehenfolger mit dem Lehen in den Mitbesitz des Streitobjekts gelangt sind, stehen unter sich in keiner solidarischen Verbindung, denn sie sind Mitbesitzer zu intellektuellen Theilen, und zwar zu demjenigen quoten Theil, der ihnen an dem Lehenobjekt zusteht. Es ist nämlich nach dem oben Tit. II. S. 105 Ausgeführten das Verhältniß der Mitbelehnten unter sich als das zweier nebeneinander stehender Vasallen aufzufassen, „von „denen jeder an seinem ideellen Antheil für sich und seine Nach„kommen dasselbe Recht hat, wie sonst der Vasall durch einfache „Investitur an seinem Lehengut." Geht das spoliirte Objekt mit dem Lehen auf die Mitbelehnten über, so ist es gerade so anzusehen, als wenn jeder der Mitbelehnten den mit seinem ideellen Antheil verbundenen Theil des spoliirten Objekts selbstständig in Besitz genommen hätte, und es ist kein weiteres Rechtsverhältniß zwischen ihnen begründet als das für das Lehensobjekt selbst maßgebende. Das Gleiche muß aber auch für das Rechtsverhältniß der ungetheilten Vasallen angenommen werden, denn nach langobardischem Lehenrecht bleibt das Rechtsverhältniß der Lehenssuccessoren unter sich und zu dem Lehensherrn das gleiche, mögen sie in Communion bleiben oder eine Naturaltheilung vornehmen, s. oben Tit. II. § 2 S. 105. So wenig die Successoren der Vasallen, welche ein Lehensobjekt unter sich real getheilt haben, für die mit den einzelnen Theilen verbundenen Theile eines spoliirten Objekts, bezüglich dessen sie als Singularsuccessoren mit Kenntniß des spolium erscheinen, unter sich solidarisch haften, so wenig kann man dieß annehmen für die Successoren der Vasallen, die vorübergehend oder dauernd in ungetheilter Gemeinschaft geblieben sind, weil die Succession in die ideellen Antheile der in Communion gebliebenen Vasallen nach den gleichen Grundsätzen sich richtet, wie die Succession bei Realtheilung. Was

also das Rechtsverhältniß der einzelnen Singularsuccessoren unter sich betrifft, so ist der Uebergang bei der Lehenssuccession als eine selbstständige von der der anderen unabhängige Besitzerwerbung des betreffenden ideellen Theiles zu denken, bei welcher für die Begründung einer Solidarhaft der einzelnen Singularsuccessoren untereinander keinerlei Anhaltspunkte gegeben sind. Ebenso ist es nicht zu bezweifeln, daß die Universalsuccessoren dieser einzelnen Singularsuccessoren so weit nach dem oben S. 143 ausgeführten Rechte gegen sie geltend gemacht werden können nicht solidarisch sondern nur in derselben Weise haften wie Miterben überhaupt. Für jeden Singularsuccessor beginnt dabei die Haftung in dem Moment, in welchem er den Besitz seines Antheils am Lehen erworben hat, und er haftet nur von da an; denn daraus, daß er angehalten wird, das Objekt, das er spolii conscius erworben hat, herauszugeben, läßt sich eine Folgerung auf seine Haftung für den durch seinen Vorgänger angerichteten Schaden nicht begründen. Eben darin unterscheidet sich seine Stellung von der des Universalsuccessors, daß er nur aus der eignen Handlung in Anspruch genommen werden kann, während der Universalsuccessor auf Grund der Vermögenssuccession in Anspruch genommen wird.

Stellen wir uns auf den Standpunkt der jetzigen Prozeßlage, so ergiebt sich nach dieser Auffassung, wenn man die jetzigen Beklagten als Singularsuccessoren mit conscientia spolii ansieht, folgendes Resultat:

1. Die jetzigen Inhaber des Lehens Burgsinn und zwar die Betheiligten beider Linien waren verpflichtet, das Streitobjekt herauszugeben, dessen Besitz durch gerichtliches Erkenntniß der Gemeinde Burgsinn zugesprochen ist.

2. Rechtlich ist für sie als Singularsuccessoren zunächst nur die Verpflichtung begründet, den accessorischen Schadensersatz in dem oben S. 134 erörterten Umfang für denjenigen Zeitraum zu leisten, für welchen sie als Singularsuccessoren im Besitz des Streitobjekts waren. Es müßte dabei für jeden bei dem Lehen Burgsinn Betheiligten die Liquidation für den Zeitraum, in welchem er im Mitbesitz des Streitobjekts war, bis zum Jahre 1848, in welchem die Sequestration eintrat, besonders geführt werden.

3. Was den accessorischen Schadensersatz für den früheren Zeitraum vor dem Beginn des Besitzes der jetzigen Beklagten betrifft, so können für diesen die jetzigen Beklagten nicht an sich d. h. in ihrer Eigenschaft als Singularsuccessoren in Anspruch genommen werden, sondern der Anspruch ist nur gegen die Universalsuccessoren der vorangehenden einzelnen Besitzer begründet, und zwar nur so weit, als er nach den Grundsätzen des Erbrechts geltend gemacht werden kann. Daher können die jetzigen Beklagten nur für diejenigen Rückstände in Anspruch genommen werden, welche für diejenigen der Singularsuccessoren erwachsen sind, als deren Universalsuccessoren sie erscheinen, und soweit sie nicht den gesetzlichen Bestimmungen gemäß von dieser Haftung befreit sind, wenn sie die Erbschaft nur mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten haben.

So wäre das Rechtsverhältniß zu definiren, wenn man in der Lehenfolge eine Singularsuccession mit conscientia spolii sehen wollte. Allein mir scheint dieser Gesichtspunkt nicht ohne Bedenken, einmal, weil die Singularsuccession des Lehenfolgers nicht die in dem c. 18 X. (2. 13) vorausgesetzte Singularsuccession ist, und sodann, weil die einzelnen Lehenfolger bis zu den jetzigen Beklagten herunter gar nicht in der Lage waren, anders zu handeln, als sie gehandelt haben, also keinesfalls als in mala fide versirend angesehen werden können. Es ergiebt sich dieß aus folgender Erwägung:

1. Die gesetzliche Bestimmung c. 18 X. (2. 13) setzt eine Veräußerung von Seite des ursprünglichen Dejicienten und eine Erwerbung von dem Veräußerer durch den Singularsuccessor voraus

Bruns Besitz S. 247.

Der Fall des Uebergangs des Objekts auf den Singularsuccessor ohne Veräußerung auf Grund gesetzlicher Bestimmung ist hier nicht vorgesehen. Der Lehenssuccessor tritt mit Eröffnung der Lehenssuccession von selbst in das dominium utile ein, ohne daß es einer Handlung von seiner Seite bedürfte

Weber Handbuch III. 160,

Mayr Lehenrecht § 78, 9,

er erscheint daher nicht als successor in vitium in dem Sinn, welcher der Bestimmung in c. 18 X. (2. 13) beizulegen ist, auch wenn sein Vorgänger im Besitz als Spoliant anzusehen war. Es kommt aber

überdieß dazu, daß der Lehenssuccessor gar nicht als Nachfolger seines unmittelbaren Vorgängers im Sinne des Civilrechts anzusehen ist, denn eben darin unterscheidet sich die Lehensfolge von der civilrechtlichen Erbfolge, daß sie als ex pacto et providentia majorum angeordnet nicht als Repräsentation des letzten Inhabers erscheint, vielmehr unabhängig von diesem eintritt, da jeder Anwärter mit seiner Geburt ein unentziehbares Recht darauf hat

Gerber D. P. R. § 266, 4,

Schmid Handbuch § 43, 26.

Hat ein Vasall durch ein spolium ein Objekt mit seinem Lehen vereinigt, so geht dieses mit dem Tod des Vasallen von selbst auf den Nachfolger über, und ebenso erfolgt die Besitzergreifung von Seite des Nachfolgers mit dem Lehen, nicht gesondert für das spoliirte Objekt. Der Nachfolger erscheint daher bezüglich des betreffenden Objekts als Besitzer eines Objekts, das ohne Rechtsgrund aus dem Besitz des ursprünglichen Berechtigten gekommen ist und diesem zurückgegeben werden muß, aber nicht als spolii conscius im Sinne des c. 18 X. (2. 13); gegen ihn ist daher nicht die Spolienklage sondern nur die condictio possessionis gegeben.

2. Die Conscientia spolii läßt sich ohne mala fides gar nicht denken. Die Lehenssuccessoren der ursprünglichen Kläger waren aber nicht nur nicht in mala fide, sondern sie konnten ohne Pflichtverletzung gar nicht anders handeln, als sie gehandelt haben. Gegen das R. K. G. E. von 1755 war von den darin verurtheilten Klägern ein Restitutionsgesuch eingelegt worden, dem durch Verfügung vom 1/4 1757 Suspensiveffekt eingeräumt worden war. Daß die Bescheidung dieses letzteren sich bis 1841 verzögerte, war nicht Schuld der Lehenssuccessoren der Kläger, sondern durch äußere Ereignisse, nämlich die Auflösung des Deutschen Reichs und des Reichskammergerichts veranlaßt. Die Lehensfolger konnten gar nicht anders als in den Prozeß eintreten wie sie ihn fanden und ihn zu Ende führen. Denn wie in dem O. A. Erk. 5/12 1846 S. 77 mit Recht hervorgehoben ist, verbindet der von einem Vasallen geführte Prozeß den Lehenfolger nur insoferne dieser nicht durch seine Negligenz und contumacia unterlag; die Lehenssuccessoren hatten demnach sogar die Verpflichtung, den Prozeß, in den sie als domini litis eingetreten

waren, fortzuführen und alle Rechtsmittel zur Gewinnung desselben anzuwenden. Sie hatten aber auch gar keine Veranlassung, von ihrem Restitutionsgesuch gegen das R. K. G. E. von 1755 abzustehen, einmal, weil diesem Restitutionsgesuch in einem Punkt, dem der Pfarrbestellung, in allen drei Instanzen stattgegeben wurde, und sodann, weil nach der Lage des Prozesses die Kläger gar keine Veranlassung hatten, von der Unrechtmäßigkeit ihrer Ansprüche überzeugt zu sein. In dieser Hinsicht heißt es A. Erk. 5/10 1842 S. 80: „Es „ist nun zwar nicht zu läugnen, daß die vielen und mannichfaltigen „Beweismittel, worauf sich im Restitutionsgesuche der ulterior deductio „und den Nachträgen hiezu berufen wird, sehr gewichtige Momente „für jene Lehenqualität und den Lehenbesitz enthalten" und S. 109: „Es mag dahingestellt sein, ob das Erkenntniß vom 27. Oktober „1755 nicht das materielle Recht durch Verkennung der eigentlichen „Entscheidungspunkte verletzt habe." Niemand wird einer Partei, von der der Richter in solcher Weise spricht, mala fides imputiren können. Wenn man also auch für das R. K. G. E. von 1755 als Grundlage die Annahme aufstellt, daß die Besitzentsetzung der Gemeinde in Folge des Lehenrevokatoriums als spolium aufzufassen sei, so wird man doch eine Ausdehnung dieser Annahme auf die Lehenssuccessoren verwerfen müssen. Sie erscheinen einfach als solche, in deren Besitz ein Objekt ohne Rechtsgrund gekommen ist, und gegen welche derjenige, der diesen Besitz verloren, die condictio possessionis anzustellen hat. So weit also aus der Besitzentziehung gegen die Lehenssuccessoren der in dem R. K. G. E. von 1755 verurtheilten damaligen Kläger Ansprüche auf Leistung des Interesses geltend gemacht werden sollen, sind diese mit der condictio possessionis zu verfolgen. Diese geht, wenn sich Jemand den fremden Besitz, wissend, daß ihm kein Recht darauf zustehe, angeeignet hat, auf Leistung des vollen Interesse

Windscheid Pandekten § 161, 9,
Bruns Besitzklagen 202,

außerdem nur auf die Bereicherung

Windscheid Pandekten § 161, 10,
Bruns Besitzklagen 202.

Der letztere Fall liegt hier vor, da das Objekt durch Irrthum an die Beklagten gelangt ist

Windscheid § 161, 8.

Dabei haften die Erben wie der Erblasser

Windscheid § 161, 13,

während die Haftung des Singularsuccessors analog dem oben S. 130 bei der Spolienklage Ausgeführten zu bestimmen sein dürfte.

§ 5.

Es ist von den Beklagten im Laufe dieses Rechtsstreits hervorgehoben worden, daß das R. K. G. E. von 1755 nur dahin ausgelegt werden könne, daß eine Verurtheilung in die Nutzungen und Schäden nur den damaligen Klägern gegenüber ausgesprochen sei, der Liquidationsprozeß sich daher zeitlich auf diesen Zeitraum zu beschränken habe, und daß die Ansprüche, welche für Nutzungen und Schäden für den Zeitraum von 1755—1848 erhoben wurden, erst eingeklagt werden müßten.

Ich halte diese Auffassung für begründet und glaube zur Motivirung Folgendes anführen zu können:

1. Die Auslegung des R. K. G. E. von 1755 muß die strikteste sein, denn es enthält jedenfalls einen inneren Widerspruch. Sieht man nämlich in dem R. K. G. E. 1755 einen Ausspruch nur im possessorium, so ist damit der Ausspruch dieses Erkenntnisses, daß die Gemeinde in den Stand wieder einzusetzen sei, in dem sie vor dem 1693 resuscitirten Prozeß gewesen, unvereinbar. Daß die Gemeinde seit dem Contumacialerkenntniß von 1622 anerkannte Eigenthümerin des Streitobjekts war, ist ja zweifellos schon dadurch, daß die Freiherrn von Thüngen, welche dasselbe als zu ihrem Lehengut gehörig ansprachen, zu ewigem Stillschweigen verurtheilt waren. Wenn nun in dem R. K. G. E. von 1755 den Lehenssuccessoren das petitorium wieder vorbehalten wird, so ist dadurch die Gemeinde nicht in den Zustand vor 1693 restituirt, wie das R. K. G. E. von 1755 irrthümlich sagt, sondern es ist ein neuer Rechtszustand geschaffen, nämlich der Rechtszustand wieder hergestellt, wie er in Folge der älteren Mandatsprozesse vor dem Contumacialerkenntniß von 1622 gewesen war.

2. Wie oben S. 123 ausgeführt, ist der Ausspruch in dem Erkenntniß von 1755, die Gemeinde werde gegen das Erk. 7/7 1697 restituirt, ungenau. Dieses Erkenntniß blieb seinem ganzen Inhalt nach aufrecht erhalten, und nur die Ausführung, nämlich die Ueberweisung von Objekten, die ihnen in dem Erkenntniß von 1697 gar nicht zugesprochen waren, an die Freiherrn von Thüngen, wurde rückgängig gemacht.

3. Das Erkenntniß von 1755 hat keine Entscheidungsgründe, so daß sich nicht entnehmen läßt, welche Motive den Ausspruch bezüglich der Ersatzforderung veranlaßt haben. Gewiß ist es daher gerechtfertigt, einem derartigen Erkenntniß keinen weiteren Spielraum einzuräumen, als die eingetretene Rechtskraft es unbedingt nothwendig macht.

II. Es rechtfertigt sich dieß aber auch aus inneren Gründen, denn

1. der Versuch der Kläger, ihren Anspruch vom Standpunkt der Restitution aus zu begründen (motivirter Antrag S. 35) kann schon deßhalb keine Berücksichtigung finden, weil ja die Gemeinde gar nicht gegen das angefochtene Erkenntniß restituirt d. h. in den Rechtszustand wieder eingesetzt wurde, in dem sie vor dem Erkenntniß von 1697 sich befunden hatte, weil vielmehr in dem R. K. G. E. von 1755 eine neue Regelung des Rechtsverhältnisses für beide Theile liegt, für die Kläger, indem sie zur Besitzeinräumung verurtheilt aber unter Aufhebung des Contumacialerkenntnisses von 1622 zum petitorium zugelassen wurden, für die beklagte Gemeinde, indem ihr lediglich der Besitz der Objekte zugesprochen wird, deren Eigenthum ihr durch das Contumacialerkenntniß von 1622 eingeräumt war.

2. Sieht man in dem R. K. G. E. eine Entscheidung in possessorio, so ergiebt sich ebenso die Nothwendigkeit wörtlicher Interpretation, da die Verurtheilung in den Ersatz, mag diese vom Standpunkt der Bereicherung oder der Entschädigung getroffen sein, nie die Absicht enthalten kann, daß dadurch die Singularsuccessoren des Verurtheilten zugleich mit verurtheilt werden. Es müßte dieß sogar behauptet werden, wenn ein Universalsuccessor in einer ähnlichen Weise in den Rechtsstreit seines Erblassers zu succediren genöthigt wäre; denn er würde für die Leistung, zu welcher sein Erblasser verurtheilt ist, also für den Nutzen, den dieser gezogen, für den Schaden, den

dieser angerichtet, nicht persönlich sondern nur nach Verhältniß der überkommenen Erbschaft haften, während die Verurtheilung für ihn persönlich allerdings verbindlich wäre für den Zeitraum von dem Erwerb der Erbschaft an bis zur Erfüllung der Leistung; er hätte also für die Rückstände aus der Besitzzeit seines Erblassers nur nach Verhältniß der Erbschaft für die Rückstände aus der eignen Besitzzeit persönlich zu haften. Nun kann aber der Singularsuccessor keinenfalls einer ausgedehnteren Haftung unterliegen als der Universalsuccessor. Es läßt sich dieß dahin formuliren: Der Singularsuccessor haftet persönlich für die Rückstände aus der eigenen Besitzzeit, für die Rückstände aus der Besitzzeit seiner Vorgänger nur, wenn er Universalsuccessor derselben geworden ist, wie ein Universalsuccessor.

Die Verurtheilung eines namentlich genannten Besitzvorgängers umfaßt also nicht an sich die Singularsuccessoren desselben, es muß vielmehr in dem einzelnen Fall noch ein besonderer Rechtsgrund hinzutreten, um sie verbindlich zu machen.

Kgl. Hof- und Universitätsbuchdruckerei von Dr. C. Wolf & Sohn.

Roth, Paul

Zur Lehre von der Genossenschaft Rechtsgutachten in der Streitsache der Gemeinde Burgsinn gegen die Freiherren von Thüngen

München 1876